

# **Die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers**

**Gerd-Wilhelm Schultze**

1974





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41551921\\_0013](https://archive.org/details/IA41551921_0013)



Die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von  
Gerd-Wilhelm Schultze

1974

Referent: Professor Dr. Rother  
Korreferent: Professor Dr. Canaris  
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1974



Meiner Mutter gewidmet



## Inhaltsübersicht

|                                                                                             | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <u>Einleitung</u>                                                                           |       |
| Die Bedeutung der Offenbarungspflicht für das Arbeits-<br>verhältnis                        | 1     |
| <br><u>Erster Hauptteil</u>                                                                 |       |
| Rechtliche Grundlagen der Offenbarungspflicht                                               | 4     |
| <br>I <u>Begriffsbestimmung der Offenbarungspflicht</u>                                     | 4     |
| <br>II <u>Abgrenzung der Offenbarungspflicht von verwandten<br/>und ähnlichen Begriffen</u> | 5     |
| 1. Schutzpflicht                                                                            | 5     |
| 2. Wahrheitspflicht                                                                         | 6     |
| 3. Anzeigepflicht                                                                           | 7     |
| 4. Auskunftspflicht                                                                         | 9     |
| 5. Aufklärungspflicht                                                                       | 11    |
| <br>III <u>Rechtsgrund der Offenbarungspflicht</u>                                          | 12    |
| 1. Rechtsgrund bei bestehendem Arbeitsvertrag                                               | 12    |
| a) § 242 BGB als Rechtsgrund weiterer Ver-<br>pflichtungen                                  | 12    |
| b) Die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses<br>gegenüber anderen Schuldverhältnissen       | 13    |
| c) Inhalt und Umfang der Treuepflicht und ih-<br>re Bedeutung für die Offenbarungspflicht   | 15    |
| 2. Rechtsgrund der Offenbarungspflicht im Sta-<br>dium der Vertragsverhandlungen            | 17    |

|                                                                                                                    | Seite  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| a) Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo                                                                     | 18     |
| aa) Die deliktische Betrachtungsweise                                                                              | 19     |
| ab) Der Vertragsschluß als Rechtsgrund vorvertraglicher Beziehungen                                                | 20     |
| ac) Vertragliches Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen                                                       | 21     |
| ad) Gesetzliches Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen                                                        | 24     |
| b) Die Aufklärungspflicht als Folge der Anwendung des § 242 BGB auf das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen | 27     |
| c) Der Rechtsgrund der Offenbarungspflicht bei arbeitsrechtlichen Vertragsverhandlungen                            | 28     |
| ca) Die Treuepflicht bei Vertragsverhandlungen                                                                     | 28     |
| (1) Die Auffassungen im Schrifttum                                                                                 | 29     |
| (2) Die Auffassung des BAG                                                                                         | 31     |
| (3) Zusammenfassung und Stellungnahme                                                                              | 32     |
| <br>IV <u>Die rechtliche Einordnung der Offenbarungspflicht</u>                                                    | <br>34 |
| <br>V <u>Der Umfang der Offenbarungspflicht</u>                                                                    | <br>38 |
| 1. Grundrechtsgeltung im Arbeitsrecht                                                                              | 38     |
| a) Die relative Auffassung                                                                                         | 38     |
| b) Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung                                                                      | 40     |
| c) Die Lehre von der unmittelbaren Grundrechtsaktualisierung im Privatrechtsverkehr                                | 41     |
| d) Widerlegung der ersten Begründungsversuche der Drittwirkung                                                     | 43     |
| e) Die heute vorwiegende Begründung für eine absolute Grundrechtsgeltung                                           | 44     |
| f) Die notwendige Einschränkung der Drittwirkung                                                                   | 48     |
| g) Die Drittrichtungsqualität der einzelnen Grundrechte                                                            | 49     |

|                                                                                                         | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 2. Weitere für den Umfang der Offenbarungspflicht bedeutende Normen                                     | 53    |
| 3. Auswirkungen der verfassungs- und privatrechtlichen Normen auf die Offenbarungspflicht               | 54    |
| a) Die spontane Offenbarungspflicht des ArbNs und ihre notwendige Begrenzung                            | 54    |
| b) Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der rechtlichen Wertung des Fragerechts des ArbGs       | 57    |
| ba) Die Offenbarungspflicht bei Fragen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht des ArbNs berühren      | 58    |
| (1) Der Versuch, das Fragerecht des ArbGs durch ein Recht des ArbNs auf Arbeit zu beschränken           | 59    |
| (2) Beschränkung des Fragerechts des ArbGs durch das Persönlichkeitsrecht des ArbNs                     | 61    |
| (3) Beschränkung des Fragerechts des ArbGs durch weitere Normen                                         | 66    |
| bb) Die Offenbarungspflicht des ArbNs bei Fragen, die das Persönlichkeitsrecht des ArbNs nicht berühren | 67    |
| 4. Die Bedeutung der Arbeitsstelle und der Vertragsdauer für den Umfang der Offenbarungspflicht         | 68    |
| 5. Das "Recht des ArbNs <del>zur</del> Lüge"                                                            | 69    |

## Zweiter Hauptteil

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| Einzelne Offenbarungspflichten | 71 |
|--------------------------------|----|

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| I <u>Vorstrafen des Arbeitnehmers</u> | 71 |
|---------------------------------------|----|

|                                                                                                              | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Die Pflicht des ArbNs, bei der Stellen-<br>bewerbung Vorstrafen zu offenbaren                             | 71    |
| a) Die unterschiedlichen Interessen von<br>Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der<br>Bekanntgabe von Vorstrafen | 71    |
| b) Begriff der Vorstrafe                                                                                     | 74    |
| c) Die gesetzliche Regelung der Offen-<br>barungspflicht bei Vorstrafen                                      | 74    |
| ca) Die Bedeutung des Führungszeugnisses                                                                     | 75    |
| cb) Der Inhalt des Führungszeugnisses                                                                        | 76    |
| (1) Beschränkung der in das Führungs-<br>zeugnis einzutragenden Verurtei-<br>lungen                          | 76    |
| (2) Beschränkung der Eintragungen<br>durch Fristablauf                                                       |       |
| d) Offenbarungspflicht ohne entsprechende<br>Frage des ArbGs                                                 | 77    |
| da) Bei Bewerbung um eine untergeordnete<br>Tätigkeit                                                        | 77    |
| db) Bei Bewerbung um eine Vertrauens-<br>stellung                                                            | 78    |
| (1) Begriff der Vertrauensstellung                                                                           | 79    |
| (1.1.) Vertrauensstellungen im<br>häuslichen Bereich                                                         | 81    |
| (1.2.) Vertrauensstellungen im<br>betrieblichen Bereich                                                      | 81    |
| (2) Einschränkung durch die Art der<br>Vorstrafe                                                             | 82    |
| e) Die Offenbarungspflicht des ArbNs, der<br>vom ArbG nach Vorstrafen gefragt wird                           | 83    |
| ea) Die Auffassungen in der Lehre                                                                            | 83    |
| eb) Die Auffassung des BAG                                                                                   | 84    |
| ec) Eigene Stellungnahme                                                                                     | 85    |
| (1) Offenbarungspflicht und<br>Führungszeugnis                                                               | 85    |

|                                                                                                  | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| (2) Die Beschränkung der Offenbarungspflicht auf eine für den Arbeitsplatz bedeutsame Vorstrafe  | 86    |
| (2.1.) Unterscheidung der Arbeitsplätze nach Art und Bedeutung                                   | 87    |
| (a) Untergeordnete Tätigkeiten                                                                   | 88    |
| (b) Weisungsgebundene Tätigkeiten mit begrenztem Verantwortungsbereich                           | 88    |
| (c) Selbständige Tätigkeit unter eigener Verantwortung                                           | 89    |
| (d) Tätigkeiten, die spezielle außerfachliche Voraussetzungen erfordern                          | 89    |
| (e) Tätigkeiten, die eine Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern erfordern                     | 90    |
| (f) Tätigkeiten mit erhöhter Unfallgefahr für andere Personen                                    | 90    |
| (g) Unterscheidung der Tätigkeiten nach Innen- und Außenwirkung                                  | 91    |
| (h) Vertrauensstellungen                                                                         | 91    |
| f) Die Offenbarungspflicht des ArbNs, der sich um eine Anstellung im öffentlichen Dienst bewirbt | 92    |
| (fa) Bei Behörden, die ein Recht auf unbeschränkte Auskunft aus dem Strafregister haben          | 92    |
| (fb) Bei Behörden, die nicht unbeschränkt auskunftsberechtigt sind                               | 93    |
| g) Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der Form der Befragung                               | 94    |
| h) Offenbarungspflicht bei anhängigen Ermittlungsverfahren                                       | 96    |
| 2. Die Pflicht des ArbNs bei bestehendem Arbeitsverhältnis Vorstrafen zu offenbaren              | 97    |

|                                                                                                                          | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II <u>Gesundheitszustand des Arbeitnehmers</u>                                                                           | 98    |
| 1. Die Pflicht des ArbNs, bei der Stellenbewerbung seinen Gesundheitszustand zu offenbaren                               | 98    |
| a) Die gegensätzlichen Interessen von ArbG und ArbN an der Bekanntgabe von Krankheiten                                   | 98    |
| b) Begriff der Krankheit im Arbeitsrecht                                                                                 | 100   |
| c) Offenbarungspflicht ohne entsprechende Frage des ArbGs                                                                | 100   |
| ca) Ablehnung einer generellen Offenbarungspflicht des ArbNs bei Erkrankungen, die seine Arbeitsleistung beeinträchtigen | 100   |
| cb) Spontane Offenbarungspflicht in Ausnahmefällen                                                                       | 102   |
| (1) Durch Krankheit bedingte Verhinderung des Arbeitsantritts                                                            | 102   |
| (2) Ansteckende Krankheiten                                                                                              | 105   |
| d) Offenbarungspflicht auf Fragen des ArbGs nach dem Gesundheitszustand                                                  | 106   |
| da) Ablehnung einer generellen Offenbarungspflicht bei Krankheiten                                                       | 107   |
| db) Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von den Anforderungen des Arbeitsplatzes                                    | 109   |
| dc) Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der Dauer des Arbeitsverhältnisses                                      | 112   |
| 2. Die Pflicht des ArbNs, bei bestehendem Arbeitsvertrag seine Arbeitsunfähigkeit bekanntzugeben                         | 113   |

|                                                                                                         | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| III <u>Schwangerschaft der Arbeitnehmerin</u>                                                           | 114   |
| 1. Die Pflicht der ArbNin, bei der Stellen-<br>bewerbung von einer Schwangerschaft<br>Kenntnis zu geben | 114   |
| a) Die unterschiedlichen Interessen von<br>ArbG und ArbNin an der Bekanntgabe der<br>Schwangerschaft    | 114   |
| b) Offenbarungspflicht ohne entsprechende<br>Frage des ArbGs                                            | 116   |
| ba) Spontane Offenbarungspflicht in<br>Ausnahmefällen                                                   | 117   |
| (1) Abhängigkeit von der Art der<br>Tätigkeit                                                           | 117   |
| (2) Abhängigkeit von der Dauer der<br>Tätigkeit                                                         | 120   |
| c) Offenbarungspflicht bei Fragen des<br>ArbGs                                                          | 121   |
| ca) Abhängigkeit von der Art der<br>Tätigkeit                                                           | 126   |
| cb) Abhängigkeit von der Dauer der<br>Tätigkeit                                                         | 127   |
| 2. Offenbarungspflicht bei bestehendem<br>Arbeitsverhältnis                                             | 128   |
| IV <u>Schwerbeschädigung des Arbeitnehmers</u>                                                          | 131   |
| 1. Spontane Offenbarungspflicht des schwer-<br>beschädigten ArbNs in Ausnahmefällen                     | 131   |
| 2. Offenbarungspflicht auf Fragen des ArbGs                                                             | 132   |
| V <u>Zusammenfassung</u>                                                                                | 133   |

Literaturverzeichnis

- Alberti Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung AcP 118, 141 ff.
- Aye Kommentar zum Mutterschutzgesetz 6. Aufl., Essen 1969
- Bachof Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd., herausgegeben von Bettermann-Nipperdey-Scheuner Berlin 1958
- Ballerstedt Zur Haftung für die bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter AcP 151, 501 ff.
- Baumert Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo Diss., Berlin 1955
- Benda Industrielle Herrschaft und sozialer Staat Göttingen 1966
- Bleistein Fragen anlässlich der Vorverhandlungen zum Abschluß eines Arbeitsvertrages BlSteuSozuArbR 1969, 172 ff.
- Bleser Die Anfechtung im Arbeitsrecht Diss., Köln 1953
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1964
- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb 5. Aufl., Heidelberg 1965
- Böhme Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen Diss., Göttingen 1964
- Bosch-Habscheid Vertragspflicht und Gewissenspflicht JZ 1966, 297 ff.
- Brill Der Einstellungsfragebogen ArbU 1968, 136 ff.

- Bühne Die Bedeutung der Schutzpflichten des Arbeitgebers für das Privatrechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer  
Diss., Köln 1966
- Bulla Kommentar zum Mutterschutzgesetz  
3. Aufl., München 1968
- Butz Form und Inhalt von Anstellungsverträgen  
(Teil 2)  
DB 1955, 581 ff.
- Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd.  
8. Aufl., Jena 1927
- Daum Außerdienstliche Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers  
Diss., München 1969
- Dederling Personalplanung und Mitbestimmung  
Opladen 1972
- Degelmann Organisationsleiterhandbuch  
München 1968
- Dersch Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht  
unter Abweichung vom BGB  
RdA 1958, 441 ff.
- Dirschmied Das soziale Grundrecht "Recht auf Arbeit"  
ArbuR 1972, 257 ff.
- Dölle Außergesetzliche Schuldpflichten  
ZgStW 103, 67 ff.
- Dömpke Die Grundlagen und der Umfang der Haftung  
für Verhalten bei Vertragsverhandlungen  
Breslau - Neukirch 1933
- Dürig Zum "Lüth-Urteil" des BVerfG  
DÖV 1958, 194 ff.
- Eichler Die Rechtslehre vom Vertrauen  
Tübingen 1950
- Endemann Der vorbestrafte Arbeitnehmer  
BB 1953, 266 ff.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse  
15. Aufl., Tübingen 1958

- Enneccerus-  
Nipperdey      Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
15. Aufl., 1. Halbbd. Tübingen 1959  
2. Halbbd. Tübingen 1960
- Erman            Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
3. Aufl., Münster 1962
- ders.            Beiträge zur Haftung für das Verhalten  
bei Vertragsverhandlungen  
AcP 139, 273 ff.
- Erdmann-  
Jürging-  
Kamman          Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz  
Neuwied und Berlin 1972
- Esser            Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil  
4. Aufl., Karlsruhe 1970
- Falkenberg      Fragen des Arbeitgebers an den einzu-  
stellenden Arbeitnehmer  
BB 1970, 1013 ff.
- Farthmann       Der "Personenrechtliche Charakter" des  
Arbeitsverhältnisses  
RdA 1960, 5 ff.
- Federlin        Art. 3 GG und der Grundsatz der gleich-  
mäßigen Behandlung im Arbeitsrecht  
Diss., Köln 1965
- Fikentscher     Das Schuldrecht  
Berlin 1965
- Flume            Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,  
2. Bd., Das Rechtsgeschäft  
Berlin - Heidelberg - New York 1965
- Frey            Können Arbeitsverhältnisse angefochten  
werden?  
ArbuR 1953, 167 ff.
- ders.            Das Verhältnis von Fürsorgepflicht und  
Treuepflicht  
ArbuR 1958, 203 ff.
- Galperin        Gleicher Lohn für Männer und Frauen  
JZ 1956, 105 ff.
- Gamillscheg     Die Grundrechte im Arbeitsrecht  
AcP 1964, 384 ff.
- Gangloff        Anm. zu LAG Düsseldorf,  
SAE 1959, Nr. 48

- Gaul Die Arbeitsbewertung und ihre rechtliche Bedeutung  
München 1967
- Götz Zur Zulässigkeit der Befragung von Stellenbewerbern nach Vorstrafen  
BB 1971, 1325 ff.
- Goosens Handbuch der Personalleitung, 1. Bd.  
München 1959
- Graf Aufklärungspflicht bei Vertragsschluß  
Diss., Jena 1916
- Gröninger-Thomas Kommentar zu Mutterschutzgesetz  
Frankfurt 1968
- Großmann Arbeitsrechtliche Probleme des vorbestraften Arbeitnehmers  
ArbuR 1969, 97 ff.
- Gumpert Anm. zum Urteil des BAG  
BB 1970, 804 ff.
- Haberkorn Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei Einstellungen  
RdA 1962, 416 ff.
- HäBler-Keßler Personalfragebogen und Intimsphäre  
BlSteuSozuArbR 1967, 44 ff.
- Haman Das Grundgesetz  
2. Aufl., Neuwied - Berlin 1960
- ders. Die Rechtsprechung des BVerfG über den Gleichheitssatz  
NJW 1957, 2 ff.
- Hambusch Die Problematik des Rechts auf Arbeit  
ArbuR 1972, 268 ff.
- Hamel Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat  
Berlin 1957
- ders. Anm. zum Urteil des BGH,  
DVBl 1957, 618 ff.
- Hauck Die Treuepflicht des Arbeitnehmers  
Diss., München 1948

- Helling Vorvertragliche Rechtsbeziehungen im  
Arbeitsrecht  
Diss., Köln 1965
- Herholz Das Schuldverhältnis als konstante  
Rahmenbeziehung  
AcP 130, 257 ff.
- Herschel Arbeitsschutz im sozialen Rechtsstaat  
BABl 1955, 571 ff.
- ders. Rechte und Pflichten vor Arbeitsaufnahme  
RdA 1965, 191 ff.
- ders. Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes  
Rechtsgut  
RdA 1960, 121 ff.
- Hessel Krankheit im Arbeitsrecht  
3. Aufl., Heidelberg 1961
- Hildebrandt Erklärungshaftung  
Berlin und Leipzig 1931
- Hoppe Offenbarungspflicht und Kündigungsschutz  
der Arbeitnehmerin während und nach der  
Schwangerschaft  
BlSteuSozuArbR 1972, 375 ff.
- Hueck, A. Der Treuegedanke im modernen Privatrecht  
München 1957
- Hueck, G. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behand-  
lung im Privatrecht  
München und Berlin 1958
- Hueck-  
Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I  
7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
- Hürholz Die Treuepflichten des Arbeitnehmers  
Diss., Würzburg 1968
- Ipsen Gleichheit, in:  
Die Grundrechte, Bd. II, herausgegeben  
von Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 111 ff.
- Jäger Krankheit des Arbeitnehmers  
4. Aufl., Freiburg 1971
- Käuffer Die Vor- und Nachwirkungen des Arbeits-  
verhältnisses  
Diss., Köln 1959

- Kaskel-Dersch      Arbeitsrecht  
5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- Kaumanns          Die Haftung für culpa in contrahendo  
im Arbeitsrecht  
Diss. Köln 1966
- Kemter            Die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses  
im Zusammenhang mit dem Gesundheitszu-  
stand des Arbeitnehmers  
RdA 1962, 307 ff.
- Kinze             Verschulden bei den Vertragsverhandlungen  
und positive Vertragsverletzung  
Diss., Frankfurt 1936
- Klein             Die Anzeigepflicht im Schuldrecht  
Berlin 1908
- Knevels           Offenbarung der Gewerkschaftszugehörigkeit  
BB 1965, 336 ff.
- Köst              Kommentar zum Mutterschutzgesetz  
Heidelberg 1958
- Koll              Die Grundlagen der Wandlung des materiellen  
Verfassungsbegriffes als Vorstudien zur  
Problematik der Drittwirkung der Grundrechte  
Diss., Köln 1961
- Krüger, Herbert   Staatliche Gesetzgebung und nicht-staatliche  
Rechtsetzung  
RdA 1957, 201 ff.
- Krüger, Hildeward   Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissens-  
gründen im Arbeitsrecht  
RdA 1954, 365 ff.
- dies.             Buchbesprechung: Festschrift für Nawlasky  
RdA 1956, 430 ff.
- Küchenhoff        Einwirkung des Verfassungsrechts auf das  
Arbeitsrecht  
RdA 1969, 97 ff.
- Kuntzmann-  
Auert             Kommentar zum Mutterschutzgesetz  
München 1966
- Larenz            Entwicklungstendenzen der heutigen  
Zivilrechtsdogmatik  
JZ 1962, 105 ff.

- Larenz                    Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1967
- Laufke                    Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, S. 145 ff. 2. Aufl., Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956
- Lehmann-Hübner        Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15. Aufl., Berlin 1966
- Leipold                  Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit ArbuR 1971, 161 ff.
- Leisner                  Grundrechte und Privatrechtsordnung Münchener öffentlich-rechtliche Abhandlung, 1. Heft München - Berlin 1960
- Leonhard                Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Bd., München und Leipzig 1929
- ders.                    Verschulden beim Vertragsschlusse Berlin 1910
- Lerche                   Übermaß und Verfassungsrecht Köln - Berlin - München - Bonn 1961
- Mangoldt-Klein        Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., München und Frankfurt 1966
- Maunz-Dürig            Grundgesetz, Bd. I München und Berlin 1964
- Maunz                    Deutsches Staatsrecht 16. Aufl., München und Berlin 1968
- Maurer                  Befragung von Stellenbewerbern nach Vorstrafen nach Inkrafttreten des BZRG ArbuR 1972, 9 ff.
- Maus                    Handbuch des Arbeitsrechts 3. Aufl., Baden-Baden und Frankfurt
- Mayer-Maly             Arbeitsverhältnis und Privatsphäre ArbuR 1968, 1 ff.

- Meiser-  
Hiersemann      Kommentar zum Mutterschutzgesetz  
Berlin und Frankfurt 1966
- Menger      Der Begriff des sozialen Rechts-  
staats im Bonner Grundgesetz  
Recht und Staat, Heft 173,  
Tübingen 1953
- Molitor      Privatrecht und Öffentliches Recht  
im Arbeitsrecht  
RdA 1951, 254 ff.
- Monjau      Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz  
Münster 1954
- Müller      Der Gedanke des sozialen Staates in  
der bisherigen Rechtsprechung des BAG  
DB 1956, 524 ff.
- Neumann      Die Offenbarungspflicht des Arbeit-  
nehmers  
DB 1961, 1291 ff.
- Neumann-  
Duesberg      Persönlichkeitsrecht, Vertragsfreiheit  
und gegenseitige Sozialpflichtigkeit  
JZ 1962, 204 ff.
- ders.      Rechtswidrigkeitserfordernis und Rechts-  
widrigkeitsausschluß (Notwehr) im Täu-  
schungstatbestand des § 123 BGB  
JR 1967, 1 ff.
- Nikisch      Arbeitsrecht, Bd. I  
Tübingen 1961
- Nipperdey      Die Würde des Menschen, in:  
Die Grundrechte, Bd. II, S. 1 ff.  
herausgegeben von Neumann-Nipperdey-  
Scheuner
- ders.      Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in:  
Die Grundrechte, Bd. IV, S. 741 ff.  
herausgegeben von Bettermann-Nipperdey-  
Scheuner, Berlin 1962
- ders.      Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz  
Köln 1961
- ders.      Gleicher Lohn der Frau für gleiche  
Leistung  
RdA 1950, 121 ff.

- Oertmann                    Kommentar zum BGB, Bd. II,  
Recht der Schuldverhältnisse  
5. Aufl., Berlin 1928
- Olbersdorf                Grundrechte und Arbeitsverhältnis  
ArbuR 1958, 193 ff.
- Palandt                    Kurzkomentar zum BGB  
31. Aufl., München 1972
- Planck-Siber              Kommentar zum BGB, Bd. II, 1. Hälfte,  
Recht der Schuldverhältnisse  
4. Aufl., Berlin 1914
- Pleyer                    Anm. zum Urteil des BAG in  
SAE 1964, 5 ff.
- Potthoff                  Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuld-  
verhältnis?  
DAR 1922, 267 ff.
- Prasse                    Die Bedeutung der Vorstrafe im Arbeits-  
recht  
ArbuR 1957, 76 ff.
- Ramm                      Die Anfechtung des Arbeitsvertrages  
Karlsruhe 1955
- ders.                      Die Freiheit der Willensbildung  
Arbeits- und sozialrechtliche Studien  
Heft 1  
Stuttgart 1960
- Reichenbaum              Grundrechte und soziale Gewalten  
Diss., Köln 1962
- RGRK                      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
Schuldverhältnisse, Bd. I, 2. Teil  
herausgegeben von Reichsgerichtsräten  
und Bundesrichtern  
11. Aufl., Berlin 1960
- Reutlinger                Die Anzeigepflicht im Vertragsrecht,  
eine Nebenpflicht nach Treu und Glauben  
Diss., Zürich 1945
- Rohwer-Mann              Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz  
München
- Rothe                      Welche Pflichten ergeben sich für Arbeit-  
geber und Arbeitnehmer aus Verhandlungen  
über den Abschluß eines Arbeitsvertrages?  
BB 1955, 162 ff.

- Rüthers                      Pflicht zur Offenbarung der Gewerk-  
                                 schaftszugehörigkeit  
                                 BB 1966, 824 ff.
- Ruhig                         Die Nebenpflichten im Schuldrecht  
                                 Diss., Hamburg 1963
- Sampels                      Die Verschwiegenheitspflicht des  
                                 Arbeitnehmers  
                                 Diss., Köln 1967
- Schätzel                      Welchen Einfluß hat Art. 3 Abs. 2 des  
                                 BGB auf die nach dem 24. Mai 1949 ge-  
                                 schlossenen Einzelarbeits- und Tarif-  
                                 verträge?  
                                 RdA 1950, 248 ff.
- Schaub                        Arbeitsrechthandbuch  
                                 München 1972
- Schelp-                       Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle  
Trieschmann                   Handbuch 1958
- Schlessmann                Das Rechtshandbuch der Personalleitung  
                                 3. Aufl., München 1965
- ders.                         Der Arbeitsvertrag  
                                 München 1960
- Schmatz-                      Kommentar zum Mutterschutzgesetz  
Zmarzlik                       2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München
- Schmid                        Ausgewählte Probleme zur ärztlichen  
                                 Einstellungsuntersuchung  
                                 BB 1969, 631 ff.
- ders.                         Rechtliche Zulässigkeit von Bewertungs-  
                                 kriterien bei Personalbeurteilungen und  
                                 in Entlohnungssystemen  
                                 BB 1970, 351 ff.
- ders.                         Die rechtliche Zulässigkeit psychologischer  
                                 Testverfahren im Personalbereich  
                                 NJW 1971, 1863 ff.
- Schmidt-Rimpler,            Bonner Gutachten  
Friesenhahn,                AöR 76, 165 ff.  
Knur
- Schnorr von                 Arbeitsrecht  
Carolsfeld                    2. Aufl., Göttingen 1954

- Schröder            Vom werdenden Arbeitsverhältnis  
JJ 1965, 66 (Bd. 6), S. 159 ff.
- Schulte-  
Langforth          Mitteilung der Schwangerschaft nach  
Kündigung  
BB 1953, 738 ff.
- Schwenk            Das allgemeine Persönlichkeitsrecht  
des Arbeitnehmers  
NJW 1968, 822 ff.
- ders.               Die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers  
über Vorstrafen  
MDR 1960, 353 ff.
- Seeli               Die persönliche Bewertung  
Schriften zur Arbeitspsychologie, Nr. 3  
Bern und Stuttgart 1961
- Smend               Verfassung und Verfassungsrecht  
München und Leipzig 1928
- Soergel-  
Siebert            Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I und II  
10. Aufl., Stuttgart 1967
- Sommer             Vorverhandlungen zum Abschluß eines  
Arbeitsvertrages  
AR-Blattei Arbeitsvertrag - Arbeits-  
verhältnis IX
- Staudinger          Kommentar zum BGB  
Bd. I, Allgemeiner Teil  
11. Aufl., Berlin 1957  
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse  
3. Teil, 11. Aufl., Berlin 1958
- Stoll               Vertrag und Unrecht  
Tübingen 1936
- ders.               Anm. zum Urteil des RG  
JW 1928, 1285 ff.
- ders.               Abschied von der Lehre von der posi-  
tiven Vertragsverletzung  
AcP 136, 257 ff.
- Thiele              Leistungsstörung und Schutzpflicht-  
verletzung  
JZ 1967, 649 ff.
- Töns                Mutterschaftshilfe und Mutterschutz,  
Kommentar  
Bad Godesberg 1968

- Trinkner            Einseitige Freistellung eines Arbeitnehmers von der Beschäftigung während der Kündigungsfrist  
BB 1968, 792 ff.
- Tuhr, von           Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Teil  
Berlin 1957
- Waechter            Der vorbestrafte Arbeitnehmer  
DB 1950, 83 ff.
- Wägenbauer        Vorstrafen des Arbeitnehmers  
BB 1958, 1061 ff.
- Wallmeyer         Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund  
Stuttgart 1962
- Weilbauer          Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben  
Mannheim - Berlin - Leipzig 1922
- Werthebach        Das Einwirken des Verfassungsrechts auf das Arbeitsverhältnis  
Diss., Würzburg 1968
- Wibbe              Persönliche Leistungsbeurteilung und Lohnfindung  
Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 1965, 571 ff.
- Wieacker           Vertragsbruch und Gewissensnot  
JZ 1954, 446 ff.
- Wiedemann         Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis  
Karlsruhe 1966
- Wiese              Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber  
ZfA 1971, 273 ff.
- Windolph          Die Resozialisierung und das Bekanntwerden von Vorstrafen im öffentlichen und zivilen Bereich  
DB 1966, 579 ff.
- Zeitlmann         Die Frage nach Vorstrafen bei Einstellungen  
MuA 1958, 190 ff.
- Zigan               Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz  
Heidelberg

Abkürzungsverzeichnis

|                     |                                                              |
|---------------------|--------------------------------------------------------------|
| a.A.                | anderer Ansicht                                              |
| a.a.O.              | am angegebenen Ort                                           |
| Abs.                | Absatz                                                       |
| AcP                 | Archiv für die civilistische Praxis                          |
| Anm.                | Anmerkung                                                    |
| AÖR                 | Archiv für Öffentliches Recht                                |
| AP                  | Arbeitsrechtliche Praxis                                     |
| ArbG                | Arbeitsgericht                                               |
| AR-Blattei          | Arbeitsrecht - Blattei                                       |
| ARS                 | Arbeitsrechtliche Sammlung                                   |
| ARSt                | Arbeitsrecht in Stichworten                                  |
| ArbuR               | Arbeit und Recht                                             |
| Art.                | Artikel                                                      |
| Aufl.               | Auflage                                                      |
| BABl                | Bundesarbeitsblatt                                           |
| BAG                 | Bundesarbeitsgericht                                         |
| BayVerfGH           | Bayerischer Verfassungsgerichtshof                           |
| BB                  | Der Betriebsberater                                          |
| Bd.                 | Band                                                         |
| BetrVerfG           | Betriebsverfassungsgesetz                                    |
| BGB                 | Bürgerliches Gesetzbuch                                      |
| BGB1                | Bundesgesetzblatt                                            |
| BGH                 | Bundesgerichtshof                                            |
| BGHSt               | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen        |
| BGHZ                | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen        |
| BSeuchG             | Bundesseuchengesetz                                          |
| B1Steu-<br>SozuArbR | Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht |
| BVerfG              | Bundesverfassungsgericht, zugleich Entscheidungssammlung     |
| BVerwG              | Bundesverwaltungsgericht, zugleich Entscheidungssammlung     |
| BZRG                | Bundeszentralregistergesetz                                  |
| bzw.                | beziehungsweise                                              |

|            |                                                  |
|------------|--------------------------------------------------|
| DAR        | Deutsches Arbeitsrecht                           |
| DB         | Der Betrieb                                      |
| ders.      | derselbe                                         |
| d.h.       | das heißt                                        |
| Diss.      | Dissertation                                     |
| DÖV        | Die öffentliche Verwaltung                       |
| DJZ        | Deutsche Juristenzeitung                         |
| DVB1       | Deutsches Verwaltungsblatt                       |
| GeschlG    | Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten |
| GG         | Grundgesetz                                      |
| h.L.       | herrschende Lehre                                |
| h.M.       | herrschende Meinung                              |
| i.S.       | im Sinne                                         |
| i.V.       | in Verbindung                                    |
| JJ         | Juristen-Jahrbuch                                |
| JR         | Juristische Rundschau                            |
| JW         | Juristische Wochenschrift                        |
| JZ         | Juristenzeitung                                  |
| Komm.      | Kommentar                                        |
| KSchG      | Kündigungsschutzgesetz                           |
| LAG        | Landesarbeitsgericht                             |
| Lb.        | Lehrbuch                                         |
| LM         | Lindenmaier - Möhring                            |
| LohnFG     | Lohnfortzahlungsgesetz                           |
| MDR        | Monatsschrift für Deutsches Recht                |
| MRK        | Menschenrechtskonvention                         |
| MuSchG     | Mutterschutzgesetz                               |
| NJW        | Neue Juristische Wochenschrift                   |
| RdA        | Recht der Arbeit                                 |
| RGRK       | Reichsgerichtsräte - Kommentar                   |
| RGZ        | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rspr.      | Rechtsprechung                                   |
| RVO        | Reichsversicherungsordnung                       |
| SAE        | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen       |
| SchwBeschG | Schwerbeschädigtengesetz                         |

|         |                                                   |
|---------|---------------------------------------------------|
| VGH     | Verwaltungsgerichtshof                            |
| vgl.    | vergleiche                                        |
| Vorbem. | Vorbemerkung                                      |
| WeimRV  | Weimarer Reichsverfassung                         |
| ZfA     | Zeitschrift für Arbeitsrecht                      |
| ZgStW   | Zeitschrift für die gesamte<br>Staatswissenschaft |

## Einleitung

### Die Bedeutung der Offenbarungspflicht für das Arbeitsverhältnis

Die Frage, ob für den ArbN eine Pflicht besteht, bestimmte persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse zu offenbaren, ist für die betriebliche Praxis nicht nur bei Begründung, sondern auch im Verlauf und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses von außerordentlicher Bedeutung.

Für die Einstellungsentscheidung des ArbGs ist nicht allein die fachliche Eignung des Bewerbers maßgebend sondern auch, ob der ArbN gesundheitlich und charakterlich geeignet ist, den Anforderungen des vorgesehenen Arbeitsplatzes gerecht zu werden. Darüber hinaus muß der ArbG berücksichtigen, daß die Persönlichkeit des einzelnen ArbNs, sein Auftreten und sein Verhalten vielfach von entscheidendem Einfluß auf die allgemeine betriebliche Zusammenarbeit sind. Bei den Einstellungsgesprächen interessieren den ArbG daher häufig die gesamten persönlichen Verhältnisse des Bewerbers<sup>1)</sup>, deren Kenntnis ihm für eine möglichst um-

---

1) Die in mittleren und größeren Betrieben üblichen Bewerbungsbögen enthalten folgende Fragen:

- a) Personalangaben des Bewerbers sowie der Ehegatten, Kinder und teilweise auch der Eltern
- b) Gesundheitszustand, u.a. Erkrankungen in den letzten sechs Monaten, org. Fehler, frühere schwere Erkrankungen, chronische Leiden, Zeitangabe und Art von Operationen, Schwangerschaft
- c) Bildungsgang, lückenlose Angaben der bisherigen Tätigkeit (einschließlich der Zeit der Arbeitslosigkeit), frühere Arbeitgeber, ausgeübte Tätigkeit, Art der Stellung, Wehrdienst (Dienstgrad), Zivildienst, erlernter Beruf und jetzige Tätigkeit des Ehegatten
- d) Gründe für die Kündigung bzw. den Stellenwechsel
- e) Angabe der jeweils letzten monatlichen Bezüge
- f) Schulden oder langfristige Verbindlichkeiten, Zahlungen an Dritte von Gehalt / Lohn auf Grund einer Abtretung, bestehende oder zu erwartende Gehalts- oder Lohnpfändung
- g) Vorstrafe, Straf- oder Ermittlungsverfahren
- h) Nebenbeschäftigung
- i) Zugehörigkeit zu politischen Organisationen
- j) Verwandte in derselben Firma, Referenzen

fassende Beurteilung des ArbNs erforderlich erscheint. Durch eine Offenbarungspflicht würde der ArbN zur Mitteilung seiner persönlichen Umstände gezwungen; damit könnten irrtümliche Vorstellungen des ArbGs über die Person des ArbNs beseitigt und eine ausgewogene Einstellungsscheidung ermöglicht werden.

Eine Willenserklärung des ArbGs, die auf umfassender Information beruht, bewahrt ihn auch davor, den rechtswirksam begründeten Arbeitsvertrag anfechten zu müssen. Nach heute unbestrittener Auffassung<sup>1)</sup> kann der Vertrag durch den ArbG angefochten werden, wenn er durch rechtserheblichen Irrtum zum Abschluß des Arbeitsvertrages veranlaßt wurde.

Eine Anfechtung wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des ArbNs setzt nach § 119 BGB voraus, daß diese Eigenschaften für den Vertragsschluß im Verkehr als wesentlich angesehen werden und daß der Irrtum für die Willenserklärung des ArbGs ursächlich war.<sup>2)</sup> Durch die Pflicht des ArbNs, seine persönlichen Eigenschaften während der Vertragsverhandlungen zu offenbaren, könnte ein Irrtum des ArbGs von vornherein vermieden werden.

Wegen arglistiger Täuschung kann der Vertrag nach § 123 BGB angefochten werden, wenn der ArbN den ArbG durch Vorspiegelung falscher oder Verschweigen wahrer Tatsachen bewußt in einen Irrtum versetzt und ihn dadurch zum Vertragsschluß bestimmt hat. Die arglistige Täuschung durch Verschweigen wahrer Tatsachen setzt das Bestehen einer Offenbarungspflicht des ArbNs voraus.<sup>3)</sup>

---

1) BAG AP Nr. 2 und Nr. 15 zu § 123 BGB mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, S. 193; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, S. 188.

3) Palandt, Komm. zum BGB, § 123 BGB Anm. 2c mit weiteren Nachw.

Erhebliche Bedeutung gewinnt die Offenbarungspflicht auch für die Ersatzansprüche des ArbGs. Wenn eine vorvertragliche oder vertragliche Verpflichtung des ArbNs zur Offenbarung besteht, kann er vom ArbG wegen Nichtangabe oder Falschangabe wissenswerter Informationen für die sich daraus ergebenden Folgen nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung oder der culpa in contrahendo<sup>1)</sup> in Anspruch genommen werden. Nach erfolgter Anfechtung des Arbeitsvertrages ist der ArbN Schadensersatzansprüchen nach § 122 BGB bzw. §§ 823 ff BGB ausgesetzt.

Eine generelle Offenbarungspflicht widerspricht allerdings den Interessen des ArbNs. Er wird nicht nur zur Bekanntgabe seiner persönlichen Verhältnisse gezwungen, sondern dem ArbG werden darüber hinaus Kenntnisse von Eigenschaften und Tatsachen verschafft, die zu einer nachteiligen Entscheidung für den ArbN führen können. Der Bewerber könnte somit durch eine Offenbarungspflicht gezwungen werden, die im Widerspruch zu den eigenen Interessen stehenden Belange des ArbGs wahrzunehmen.

Warum, wann und in welchem Umfang für den ArbN eine Offenbarungspflicht besteht, soll Gegenstand dieser Untersuchung sein. Im ersten Hauptteil werden die allgemeinen Grundlagen der Offenbarungspflicht aufgezeigt. Die Ausführungen zum Umfang der Offenbarungspflicht setzen Richtlinien für die Gesamtheit aller Tatsachen und Eigenschaften, die im Einzelfall zu offenbaren sind und von denen im Rahmen dieser Arbeit nicht jede gesondert abgehandelt werden kann. Diejenigen, die für die Praxis von besonderer Bedeutung sind, werden im zweiten Hauptteil ausführlich untersucht.

---

1) BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB

## Erster Hauptteil

### Rechtliche Grundlagen der Offenbarungspflicht

#### I Begriffsbestimmung der Offenbarungspflicht

Unter der Offenbarungspflicht des ArbNs versteht man die Verpflichtung, den ArbG auf Umstände hinzuweisen, die - dem ArbN erkennbar - für das rechtsgeschäftliche Verhalten des ArbGs von Bedeutung sind und über die der ArbG sich auf andere Weise keine Kenntnis verschaffen kann. Voraussetzung ist allerdings, daß der ArbG die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte.<sup>1)</sup>

Eine derartige Rechtspflicht wird häufig auch als Aufklärungspflicht bezeichnet.<sup>2)</sup>

Im älteren Schrifttum ist für die Offenbarungspflicht vielfach der Ausdruck Anzeigepflicht verwendet worden.<sup>3)</sup>

- 
- 1) Im Ergebnis ebenso RGZ 132, 309; BGH LM § 276 (Fb) Nr. 1; RGRK - Natelski § 276 Anm. 98; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, § 17 III, S. 72, 73; Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, 1955, S. 42 ff.; Kaumanns, Die Haftung für culpa in contrahendo im Arbeitsrecht, 1966, S. 29; Helling, Vorvertragliche Rechtsbeziehungen im Arbeitsrecht, 1969, S. 12; vgl. auch Enn.-Nipperdey AT II, § 174, S. 1067; Ermann-Groepper, § 276, Anm. 8; Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. II 4; Staudinger-Coing, § 123, Anm. 123.
  - 2) Larenz, Schuldrecht AT § 4 V 3, S. 42; Esser, Lehrbuch, § 33; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 43 III, S. 192; Oertmann, § 241, Anm. 4a; Palandt-Danckelmann, § 123, Anm. 2c; Soergel-Siebert, § 242 Anm. 80 ff.; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 829 ff.; RGZ 111, 234; BGH NJW 56, 1106; zur Begriffsidentität Baumert, a.a.O., S. 86; RGZ 111, 234.
  - 3) Klein, Die Anzeigepflicht im Schuldrecht, S. 16 ff; Reutlinger, Die Anzeigepflicht im Vertragsrecht, S. 7; Dömpke, Die Grundlagen und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, S. 26 ff; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, S. 62; Alberti, AcP 118, 147 ff.; Herholz, AcP 130, 277.

## II Abgrenzung der Offenbarungspflicht von verwandten und ähnlichen Begriffen

### 1. Schutzpflicht

Die Offenbarungspflicht muß zu den Schutzpflichten im weiteren Sinne gerechnet werden, da auch sie geeignet ist, Interessen des Vertragspartners zu schützen.<sup>1)</sup>

Allgemein werden die Schutzpflichten jedoch enger verstanden; inhaltlich sind sie auf den Schutz des Erhaltungsinteresses des ArbGs begrenzt.<sup>2)</sup> Demnach bezwecken die Schutzpflichten des ArbNs den Schutz der Person und des Vermögens des ArbGs vor Schädigungen, die dadurch entstehen, daß eines der in § 823 BGB enthaltenen Rechtsgüter durch den ArbN beeinträchtigt wird.<sup>3)</sup> Die Schutzpflichten gebieten dem ArbN also vor allem, Einwirkungen dieser Art zu unterlassen.<sup>4)</sup>

Weil jedoch auch eine Verletzung durch Unterlassen genügt<sup>5)</sup>, kann in diesen Fällen ebenfalls eine Aufklärungspflicht des ArbNs bestehen. Eine derartige Gefahrwarnungspflicht<sup>6)</sup> bezweckt jedoch lediglich, die gebotenen Sicher-

- 
- 1) Erman-Groepper, § 242, Anm. 7b cc; Esser, Lb Bd. 1 § 2 II; Stoll, AcP 136, 257; Böhne, Die Bedeutung der Schutzpflichten des Arbeitgebers für das Privatrechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, S. 6.
  - 2) Thiele, JZ 67, 650; Dölle, ZGesStW 103, 67; Lohmeyer § 17 3 II a mit der dort aufgeführten Rspr.
  - 3) Baumert, a.a.O., S. 42 ff.; Kaumanns, a.a.O., S. 29; über die geschützten Rechtsgüter des ArbNs vgl. Herschel, RdA 60, 121 ff.; Wiese, ZfA 71, 273 ff.
  - 4) Staudinger-Weber, § 242, Anm. 806.
  - 5) Soergel-Siebert, § 242, Anm. 99 ff.; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 802 ff.; Baumert, a.a.O., S. 42
  - 6) LG Köln VersR 57, 726.

heitsvorkehrungen zu treffen, um einem Schadensfall vorzubeugen.

Der Unterschied der Offenbarungspflicht zu den Schutzpflichten besteht demnach darin, daß sich die Mitteilungen auf Grund der Offenbarungspflicht auf die rechtsgeschäftliche Entschliebung des ArbG auswirken können.<sup>1)</sup>

## 2. Wahrheitspflicht

Als Wahrheitspflicht bezeichnet Hildebrandt<sup>2)</sup> die Verpflichtung, falsche Angaben zu unterlassen.

Die Wahrheitspflicht und die Offenbarungspflicht berühren sich in zwei Punkten. Sowohl die wahrheitswidrigen Angaben als auch das Nichtoffenbaren erheblicher Umstände können einen Einfluß auf das rechtsgeschäftliche Handeln des ArbGs nehmen. Darüber hinaus ist beiden Verpflichtungen gemeinsam, daß bei ihrem Bestehen keine falschen Erklärungen abgegeben werden dürfen; nur dadurch kann die unlautere Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Willens des ArbGs vermieden werden.

Rechtsprechung und Lehre<sup>3)</sup> unterscheiden jedoch das Erregen eines Irrtums durch falsche Erklärung von der Beeinflussung des Willens durch Verschweigen wesentlicher Umstände. Die Offenbarungspflicht soll bestehende irrige Auffassungen und Unklarheiten beseitigen; bei einer falschen Erklärung wird dagegen ein Irrtum hervorgerufen und bestärkt. Somit ist die Intensität des Einwirkens auf die

---

1) Kaumanns, a.a.O., S. 30.

2) Erklärungshaftung, S. 160.

3) RGZ 120, 252; RGZ 148, 296; BGH LM § 463 Nr. 1; BGH NJW 62, 1198; Palandt-Danckelmann § 123, Anm. 2a; RGK Krüger-Nieland § 123, Anm. 6.

Vorstellungen und den Willen bei der unrichtigen Behauptung stärker als beim Nichtoffenbaren.<sup>1)</sup>

Eine rechtlich differenzierte Beurteilung ist auch deshalb erforderlich, weil die Offenbarungspflicht auf ein Tätigwerden gerichtet ist, während die Wahrheitspflicht ein Unterlassen fordert. Der Unterschied zwischen den beiden Verpflichtungen liegt darin, daß die Offenbarungspflicht ein Handlungsgebot für eine wahrheitsgemäße Unterrichtung begründet, während die Wahrheitspflicht ein Verbot wahrheitswidriger Angaben darstellt.

### 3. Anzeigepflicht

Im Gegensatz zum Wort "offenbaren" verwenden das Bürgerliche Gesetzbuch und das Versicherungsvertragsgesetz den Ausdruck "anzeigen" in verschiedenen Bestimmungen.

- a) In den Fällen des § 254 Abs. 2 (= Mitteilung der Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens), des § 545 (= Mängel der Mietsache) und des § 703 (= Verlust der eingebrachten Sache) soll die Anzeige über bestimmte Vorgänge und Tatsachen unterrichten.
- b) In den Fällen des § 478 BGB (= Anzeige von Sachmängeln) und des § 485 BGB (= Anzeige von Viehmängeln) dient die Anzeige zur Sicherung der Gläubigerrechte.
- c) In den Fällen des § 149 (= verspäteter Zugang der Vertragsannahme), des § 170 (= Vollmachtswiderruf), des § 374 Abs. 2 (= Hinterlegungsanzeige), des § 409 (= Nachricht von der Forderungsabtretung), des § 663 BGB (= Ablehnung eines Auftrages) dient die Anzeige der

---

1) Böhme, Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, S. 3.

### Klarstellung über eine bestehende Rechtslage.

- d) In den Fällen des § 694 BGB (= gefahrdrohende Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes) und des § 16 VVG (= Umstände der Versicherungsgefahr) soll die Anzeige zur Information vor einer rechtsgeschäftlichen Erklärung dienen.

Da Inhalt und Zweck der Anzeige sehr unterschiedlich sind, wird eine einheitliche Begriffsbestimmung erschwert. Nach Esser<sup>1)</sup> bestehen Anzeigepflichten dort, wo der Vertragspartner auf eine bestimmte Gefahr oder Gefahrenerhöhung nur durch den Schuldner hingewiesen werden kann, sei es, weil dieser die Sachen des Vertragspartners allein in Besitz und Kontrolle hat, sei es, weil die Umstände, welche die Gefahr erhöhen, nur ihm bekannt sind. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil nur ein Teil der gesetzlich geregelten Anzeigefälle Gefahren oder Gefahrenerhöhungen betrifft.<sup>2)</sup> Reutlinger und Klein<sup>3)</sup> weiten den Begriff der Anzeigepflicht aus. Danach liegt eine Anzeigepflicht immer dann vor, wenn eine Mitteilung erfolgen muß, die dem Empfänger eine für sein künftiges Verhalten notwendige Klarheit verschaffen soll. Nach dieser Begriffsdefinition wäre eine Unterscheidung zu den Aufklärungs- und Offenbarungspflichten nicht mehr gegeben.

Die nur durch die Form der Mitteilung verbundenen Anzeigen unterscheiden sich jedoch dadurch von den Offenbarungspflichten, daß sie sich - bis auf die Fälle des § 694 BGB und des § 16 VVG - nicht auf die Willenserklärung des Vertragspartners auswirken können. Nur die Anzeigepflichten

---

1) Lb. § 33, 3.

2) Böhme, a.a.O., S. 7.

3) Reutlinger, a.a.O., S. 7; Klein, a.a.O., S. 102; ihnen folgt Staudinger-Weber § 242, Anm. 831.

der §§ 694 BGB, 16 VVG sollen wie die Offenbarungspflichten eine rechtsgeschäftliche Erklärung ermöglichen, die frei von Irrtümern und Unklarheiten ist. Dieser sachliche Unterschied zu allen übrigen Anzeigepflichten rechtfertigt generell eine Differenzierung zwischen den Anzeigepflichten und der Offenbarungspflicht.

#### 4. Auskunftspflicht

Bei den Auskunftspflichten muß auf eine Anfrage hin Auskunft erteilt werden. Derjenige, der Auskunft geben soll, muß jedoch erkennen können, daß an ihn eine Frage gestellt worden ist. Eine Verpflichtung zur spontanen Unterrichtung besteht demnach nicht.<sup>1)</sup> Der Unterschied zu den Aufklärungs- und Anzeigepflichten liegt darin, daß bei diesen Verpflichtungen unbefragt eine Unterrichtung zu erfolgen hat.<sup>2)</sup>

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zu den Aufklärungspflichten und der Offenbarungspflicht ist durch den Zweck der Mitteilung gegeben. "Während die Offenbarungspflicht auf die Klarstellung der für ein rechtsgeschäftliches Handeln erheblichen Umstände hinzielt, soll die Auskunft der Offenlegung rechtlich und tatsächlich bedeutender Momente dienen, nachdem ein Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen oder abgewickelt worden ist."<sup>3)</sup>

Diese Unterscheidung ist hinsichtlich der gesetzlich geregelten Fälle der Auskunftspflicht insofern zutreffend, als hier ein bestehender Vertrag vorausgesetzt wird:

---

1) A.A. Staudinger-Weber § 242, Anm. 829.

2) Soergel-Siebert § 242, Anm. 80; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 775, 814, 831; Reutlinger, a.a.O., S. 15.

3) Böhme, a.a.O., S. 9.

§ 402 BGB behandelt die Auskunftspflicht des Altgläubigers bei bestehendem Abtretungsvertrag, § 444 Satz 1 behandelt die Auskunftspflicht des Verkäufers nach Vertragsabschluß, und die §§ 666, 675, 681 Satz 2 und 713 behandeln Auskunftspflichten nach Begründung eines Auftrags-, Geschäftsbesorgungs- und Gesellschaftsverhältnisses.

Die Unterscheidung ist jedoch in zweierlei Hinsicht mißverständlich. Einerseits erweckt sie den Eindruck, als ob es bei bestehendem Vertrag neben der Auskunftspflicht keine Offenbarungspflicht mehr gäbe. Das ist - zumindest für den hier untersuchten Bereich des Arbeitsrechts - unzutreffend. Es gibt auch nach einem abgeschlossenen Arbeitsvertrag rechtsgeschäftliche Handlungen des ArbGs, z.B. die Versetzung des ArbNs<sup>1)</sup> oder die (Änderungs)Kündigung, für die eine Offenbarungspflicht erhebliche Bedeutung gewinnt. Auch die Rspr. bejaht das Bestehen von Offenbarungspflichten während eines Arbeitsvertrages.<sup>2)</sup>

Weiterhin fragt der ArbG den ArbN gerade bei Vertragsverhandlungen häufig nach Umständen, die der ArbN auf Grund seiner Offenbarungspflicht eigentlich spontan, also ungefragt mitzuteilen hätte. Gleichgültig, ob der ArbN diese Fragen beantwortet oder nicht, die gestellte Frage macht es dem ArbN unmöglich, seine Offenbarungspflicht zu erfüllen. Verneint man jedoch das Bestehen einer Auskunftsverpflichtung im Stadium der Vertragsverhandlungen, brauchte der ArbN derartige Fragen überhaupt nicht mehr zu beantworten.

Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der Intention des ArbGs, der mit einer berechtigten Frage gerade bezweckt, den ArbN auf seine Offenbarungspflicht hinzuweisen. Inso-

---

1) BAG 4 AZR 267, 59.

2) BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG; LAG Stuttgart BB 68, 129.

fern besteht zwischen dem Fragerecht und der Offenbarungspflicht ein erkennbarer Zusammenhang.<sup>1)</sup>

Da sich die Auskunft des ArbNs in solchen Fällen inhaltlich mit der Erklärung auf Grund der Offenbarungspflicht deckt, ist bei funktioneller Betrachtungsweise eine Trennung der Begriffe nicht mehr möglich. Beide Verhaltenspflichten dienen dazu, dem ArbG sichere Kenntnis von - für ihn mehr oder minder bedeutenden - Tatsachen oder Vorgängen für sein rechtsgeschäftliches Handeln zu verschaffen. Weil im einzelnen Fall die Pflicht zur Unterrichtung des ArbGs zugleich eine solche der Auskunft wie der Aufklärung sein kann, wird bei beiden häufig auch von einer Offenbarungspflicht gesprochen.<sup>2)</sup>

Um eine Klarstellung des Begriffes zu ermöglichen, ist es daher sinnvoll, die Offenbarungspflicht im Arbeitsrecht nicht nur auf die spontane Aufklärungspflicht zu begrenzen, sondern auch die Rechtspflicht einzubeziehen, auf eine entsprechende Frage des ArbGs zu antworten.<sup>3)</sup>

## 5. Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht erfordert - im Gegensatz zur Auskunftspflicht - eine Unterrichtung ohne vorherige Frage.

- 
- 1) Knevels BB 65, 336; Rüthers BB 66, 825; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 847.
  - 2) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 832; Neumann DB 61, 1291 ff.; Haberkorn RdA 62, 416 ff.; Falkenberg BB 70, 1013 ff.; Schlessmann, Das Rechtshandbuch der Personalleitung, S. 83 ff. mit den jeweils angeführten Rspr. und Literaturangaben.
  - 3) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. A 847: "In der Regel obliegt dem ArbN eine Offenbarungspflicht erst dann, wenn er über bestimmte Umstände befragt wird, wenn er also Auskunft geben soll."

Aufklärungspflicht und Offenbarungspflicht sind nach der erweiterten Auslegung der Offenbarungspflicht nicht identisch, weil die Offenbarungspflicht auch Elemente der Auskunftspflicht umfaßt.

Darüber hinaus fällt auf, daß Lehre und Rspr.<sup>1)</sup> den Begriff der Offenbarungspflicht vorzugsweise im Arbeitsrecht verwenden. Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von anderen Schuldverhältnissen<sup>2)</sup> u.a. dadurch, daß es die Persönlichkeit des ArbNs in viel stärkerem Maße einbezieht. Das Interesse des ArbGs an der Person des ArbNs bestimmt daher den Inhalt der Offenbarungspflicht. Hier liegt ein inhaltlicher Unterschied zu den Aufklärungspflichten bei Schuldverhältnissen ohne personenrechtliche Wirkungen. Diese betreffen primär einen Vertragsgegenstand, und es liegt in der Regel kein Interesse an den persönlichen Verhältnissen des Vertragspartners vor.

### III Rechtsgrund der Offenbarungspflicht

#### 1. Rechtsgrund bei bestehendem Arbeitsvertrag

##### a) § 242 BGB als Rechtsgrund weiterer Verpflichtungen

Neben der Arbeitspflicht als Hauptpflicht bestehen weitere Verpflichtungen des ArbNs, die ihm im Hinblick auf § 242 BGB "ex lege" auferlegt werden. Der rechtsbegründende Charakter des § 242 BGB ergibt sich daraus, daß diese

---

1) Vgl. Anm. 2, S. 11.

2) Es wird heute nicht mehr bestritten, daß das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis aufzufassen ist, vgl. Hueck Lb S. 132 mit weiteren Literaturangaben.

Vorschrift die konkrete rechtliche Tragweite, also das "wie" der ermittelten Leistungszusage, regelt. Dabei beschränkt sich die Bedeutung des § 242 BGB nicht darauf, den Umfang oder Modus der vereinbarten Verpflichtungen näher zu bestimmen; der Grund für die Erweiterung der Pflichten zum Zwecke der § 242 entsprechenden Sicherung der Hauptleistung liegt in der Verbundenheit der beteiligten Personen des Arbeitsverhältnisses, die durch den Arbeitsvertrag entsteht. Obwohl diese Pflichten kraft Gesetzes, also ohne, häufig sogar gegen den Willen des ArbNs zu erbringen sind, ist der eigentliche Rechtsgrund hierfür der Vertrag selbst; die gesetzlichen Ergänzungen dehnen den Kreis der durch den Arbeitsvertrag begründeten Pflichten zwar aus, hängen aber mit ihnen eng zusammen, weil sie Ausgestaltung einer bereits vorhandenen Sonderbindung sind.<sup>1)</sup>

Ob die Offenbarungspflicht zu den Pflichten gehört, die das Gesetz dem ArbN ohne ausdrückliche Vereinbarung auferlegt, kann sich demnach nur aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Sofern eine derartig weitreichende Verpflichtung besteht, muß dies durch die Besonderheit der Vertragsart gerechtfertigt sein.

b) Die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Schuldverhältnissen

Die vom ArbN in Person zu erbringende und in persönlicher Abhängigkeit zu leistende Arbeit erfaßt die Persönlichkeit

---

1) Hürholz, Die Treuepflichten des Arbeitnehmers, S. 133; Soergel-Siebert § 611 Anm. 40; Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, S. 11; Böhme, a.a.O., S. 66; Ruhig, Die Nebenpflichten im Schuldrecht, S. 139; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, S. 117 ff.

des ArbNs in ganz anderer Weise als andere Schuldverhältnisse über Vermögens- und Sachwerte.<sup>1)</sup> Der ArbN verspricht nicht einzelne Leistungen, sondern räumt dem ArbG die Verfügung über seine Arbeitskraft ein. Dieses personenrechtliche Element wird von dem Obligationsbegriff des BGB nicht erfaßt<sup>2)</sup>, das Arbeitsverhältnis wird über das Schuldrecht "gewissermaßen erhöht".<sup>3)</sup> Wegen dieses Wesensunterschiedes<sup>4)</sup> wird das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis verstanden.<sup>5)</sup>

Einer derartigen Auffassung wird entgegengehalten<sup>6)</sup>, daß im heutigen Arbeitsleben oft keine persönliche Bindung zwischen ArbG und ArbN besteht, obwohl durch ein nahes Zusammenleben der Vertragsparteien über längere Zeit hinaus - zumal in kleineren und mittleren Betrieben - durchaus eine persönliche Bindung entstehen kann. Entscheidend ist jedoch die sachliche Bindung, die der ArbN bei Arbeitsaufnahme eingeht.<sup>7)</sup> Diese sachliche Bindung führt zu einer Verbundenheit gegenüber dem Arbeitsplatz, dem Betrieb und dem gemeinsamen Werk. Infolgedessen kommt es

- 
- 1) Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 129; Potthoff, DARbR 22, 267; Hueck, Der Treuegedanke, S. 13 ff.; Sampels, Die Verschwiegenheitspflicht des ArbNs, S. 11 ff.
  - 2) Kaumanns, a.a.O., S. 49.
  - 3) Hürholz, a.a.O., S. 30.
  - 4) Larenz, AT Lb § 2 S. 4; Daum, Außerdienstliche Verhaltenspflichten des ArbNs, S. 34.
  - 5) Hueck-Nipperdey, LB I § 22 II; ders., Treuegedanke, S. 12; Frey, ArbuR 58, 204; Dersch, RdA 58, 441; Herschel, BABl 55, 581; Molitor, RdA 51, 255; Niskisch, Lb Bd. I, S. 169; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 19; BAG AP Nr. 2 zu § 276; BGHZ 21, 114.
  - 6) Fahrtmann, RdA 60, 5 ff.; Radke, ArbuR 65, 302 ff.; Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, S. 18 ff.; skeptisch auch Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 162; Wallmeyer, Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, S. 17 ff.
  - 7) Daum, a.a.O., S. 38; Hauck, Die Treuepflicht des ArbNs, S. 37 ff.; Hürholz, a.a.O., S. 94.

auch zu einer wesentlichen Interessengleichheit: Wenn auch beim ArbN regelmäßig die Überlegung vorrangig ist, durch das herzustellende Werk mittelbar den eigenen Verdienst zu erhalten, kann doch nicht geleugnet werden, daß auf Seiten des ArbNs vielfach das Bestreben besteht, die wirtschaftliche Lage des Betriebes zu fördern. Dem entspricht die Intention des ArbGs; neben dem Interesse an der Arbeitsleistung des einzelnen ArbNs steht für den ArbG als Ziel des einheitlichen Arbeitsergebnisses aller im Betrieb Arbeitenden der Produktionserfolg im Vordergrund. Die Interessenparallelität ergibt sich auch daraus, daß die Partner des Arbeitsverhältnisses einen gemeinsamen arbeitstechnischen Erfolg mit gemeinsamen Mitteln anstreben.<sup>1)</sup>

"Den gemeinsam gewollten Schaffenserfolg in der Einheit von Betrieb und jedem Beschäftigten zu erreichen, erfordert notwendig die Erfüllung einer Pflicht, die darauf primär zugeschnitten und demnach begrifflich etwas anderes sein muß als die arbeitsvertragliche Hauptpflicht."<sup>2)</sup> Diese Pflicht wird als Treuepflicht bezeichnet. Sie ist jedem personenrechtlichen Rechtsverhältnis immanent.<sup>3)</sup>

c) Inhalt und Umfang der Treuepflicht und ihre Bedeutung für die Offenbarungspflicht

Als gesteigerter Inhalt des Treu- und Glaubensgrundsatzes enthält die Treuepflicht zunächst alle diejenigen Elemente, die der § 242 BGB in sich aufgenommen hat und die für

---

1) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 34; Sampels, a.a.O., S. 13.

2) Hürholz, a.a.O., S. 96.

3) Hueck-Nipperdey, S. 131.

jede Art einer rechtlichen Sonderbindung gelten. "Sie begnügt sich aber nicht mit dem Gebot billiger Rücksichtnahme auf die Belange des anderen Teils bei der Erfüllung der Arbeitspflicht, sondern verlangt im weitesten Sinne tätige Interessenwahrnehmung. Mit diesem allgemeinen Inhalt wird ein Vergleich zu anderen personenbezogenen, aber im Gegensatz zu anderen personenrechtlichen Rechtsverhältnissen im verstärkten Maße der Pflichtenkreis des ArbNs erweitert."<sup>1)</sup> Somit kann die Treuepflicht auch Grundlage positiv ausgestalteter Pflichten zur weitergehenden Wahrung der Interessen des ArbGs sein und dem ArbN unter anderem die Verpflichtung auferlegen, Umstände zu offenbaren, die für die Interessen des ArbGs von Bedeutung sind.<sup>2)</sup>

Das Verhältnis der so begründeten Offenbarungspflicht zu § 242 BGB ist jedoch nicht so zu verstehen, daß die Offenbarungspflicht unabhängiges Rechtsinstitut, also gewissermaßen selbst Leitungsgegenstand ist. Ebenso wie die Treuepflicht ein nur modifiziertes und graduell, nicht aber wesensmäßig verschiedenes Erscheinungsbild von § 242 BGB ist<sup>3)</sup>, liegt auch der ursprüngliche Rechtsgrund der Offenbarungspflicht in § 242 BGB. Weil aber bei einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis die Rechtsbeziehungen stärker ausgeprägt sind als bei einem gewöhnlichen Schuldverhältnis, werden umfassendere Verhaltensanforderungen an die Vertragspartner gestellt.<sup>4)</sup> Dieses "mehr" gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben wird von der Treuepflicht umfaßt. Sie begründet die tiefgreifende Verpflichtung des ArbNs, dem ArbG Tatsachen und Vorgänge aus der persönlichen Sphäre zu offenbaren.

---

1) Hürholz, a.a.O., S. 98, 99.

2) Staudinger-Weber § 242 Anm. 846; Nikisch, Lb. Bd. I, S. 383.

3) Hueck-Nipperdey, § 48 I, S. 390, 391; Staudinger-Weber § 242, Anm. A 130, § 705 Vorbem. 35 a; Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 29 ff.

4) Vgl. Hueck, Der Treuegedanke, S. 12.

Wenn diese dem Arbeitsverhältnis immanente Treuepflicht auch die Offenbarungspflicht begründen kann, vermag sie jedoch nicht, diese Verpflichtung generell zu regeln. Je nach vertraglich bestimmter Funktion des ArbNs bestimmt sich der Umfang der Treuepflicht und damit das Maß der Anforderungen an den ArbN. Ob die Treuepflicht demnach eine Offenbarungspflicht verlangt, richtet sich primär nach jedem einzelnen Arbeitsvertrag.

Im folgenden wird untersucht, ob diese Grundsätze auch schon im Stadium der Vertragsverhandlungen Anwendung finden.

## 2. Rechtsgrund der Offenbarungspflicht im Stadium der Vertragsverhandlungen

Das Vertragsanbahnungsverhältnis als solches hat im Gesetz keine Regelung gefunden.

Die Rspr. hat jedoch schon frühzeitig eine Rechtspflicht jeder Partei angenommen, nach der dem Vertragspartner bei dem Vertragsschluß die für seine Willensentscheidung erkennbaren Umstände zu offenbaren sind.<sup>1)</sup> Eine derartige Rechtspflicht wurde aus Treu und Glauben abgeleitet. Diese Auffassung wurde im Schrifttum geteilt.<sup>2)</sup> Durch die von der Lehre gebilligte ständige Rspr. und durch die Tatsache, daß diese Auffassung in das allgemeine Rechtsbewußtsein aufgenommen wurde, ist Gewohnheitsrecht entstanden.

---

1) RGZ 62, 150; RGZ 102, 150; RGZ 111, 234; RGZ 114, 159; RGZ 120, 252; RGZ 159, 55; dieser Rechtsprechung folgte der BGH; vgl. BGH LM § 276 (Fa) Nr. 3, LM § 276 (Fb) Nr. 1.

2) RGRK - Natelski, § 276 Anm. 98 ff., § 242 Anm. 23; Soergel-Siebert, § 242, Anm. 65 ff.; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 831; Graf, Aufklärungspflicht bei Vertragsschluß, S. 45 ff.; Baumert, a.a.O., S. 35; Dölle, ZGesStW 103, 86 ff.; Erman, AcP 139, 318.

Gegen die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Aufklärungspflicht könnte eingewendet werden, im Stadium der Vertragsverhandlungen sei § 242 BGB wegen fehlender Rechtsbeziehung noch nicht anwendbar. Deshalb ist zu untersuchen, ob bereits durch die den Vertragsabschluß bezweckende Fühlungnahme der Parteien ein Pflichten begründendes Rechtsverhältnis entsteht. Darüber hinaus bedarf es einer weiteren Erörterung, ob der für das Anbahnungsverhältnis von vermögensrechtlichen Schuldverhältnissen entwickelte Rechtsgrund ausreichend ist, um die Offenbarungspflicht auch hinsichtlich eines nur angestrebten Arbeitsverhältnisses zu begründen.

a) Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo

Nach dem Inkrafttreten des BGB hat sich schon bald gezeigt, daß vielfach das Bedürfnis besteht, einen Verhandlungspartner zu schützen, der durch schuldhaftes Verhalten der Gegenseite während einer Vertragsanbahnung geschädigt wurde. Aus dieser Erkenntnis entwickelte sich ein besonderes Rechtsinstitut, die Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluß (culpa in contrahendo). Sie ist in der Privatrechtsordnung als Haftungsprinzip heute allgemein anerkannt.<sup>1)</sup>

Der Ausdruck culpa in contrahendo ist aber irreführend und geeignet, die Unterschiede zwischen dem Rechtsverhältnis, den daraus folgenden Rechtspflichten und dem Verschulden zu verwischen.<sup>2)</sup> Die Neigung, das Verhalten der Vertragsparteien im Anbahnungsverhältnis zunächst unter

---

1) Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 6 mit weiteren Nachweisen.

2) Böhme, a.a.O., S. 41. Der Ausdruck "Schuldhaftes Pflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen" ist daher genauer.

dem Gesichtspunkt von Verschulden und Schadensersatz zu sehen<sup>1)</sup>, hat auch in der Rspr. dazu geführt, daß lediglich das Bestehen von einzelnen Rechtspflichten und das Verschulden untersucht wurden, ohne vorher auf das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses einzugehen.<sup>2)</sup>

Primär kommt es aber darauf an, Rechtsbeziehungen nachzuweisen, aus denen sich Rechtspflichten ergeben können.<sup>3)</sup> Die Frage des Verschuldens ist im Verhältnis zur Rechtspflicht und deren Verletzung sekundärer Natur.<sup>4)</sup>

#### aa) Die deliktische Betrachtungsweise

Schon in den ersten Entscheidungen des RG wurde bei Vertragsverhandlungen eine aus § 242 BGB hergeleitete Rechtspflicht zur Bekanntgabe von Tatsachen anerkannt; anderenfalls stelle ihr Verschweigen ein arglistiges Handeln dar.<sup>5)</sup> Bedeutung sollte diese Rechtspflicht jedoch nur insofern gewinnen, als ihre Verletzung zur Anfechtung des abgeschlossenen Vertrages berechtige. Eine Haftung außerhalb der gesetzlich anerkannten Haftungsfälle wurde jedoch abgelehnt. Vertragsanfechtung und Delikthaftung böten einen ausreichenden Schutz für den Vertragspartner.<sup>6)</sup>

Bei dieser Ansicht wurde jedoch übersehen, daß das Prinzip von Treu und Glauben nur im Rahmen rechtserheblicher Beziehungen gelten kann und daß das Deliktsrecht keinen ausreichenden Schutz gegen ein schadenverursachendes Handeln vor Vertragsschluß bot. Der Rechtsgüterschutz ist im

---

1) Vgl. Herschel, RdA 65, 192.

2) RGZ 104, 267; RGZ 107, 362; RGZ 151, 358; BGH DB 56, 963; BGH DB 57, 745.

3) Stoll, LZ 23, 540; Hildebrandt, a.a.O., S. 117 ff.

4) Erman, AcP 139, 277; Hildebrandt, a.a.O., S. 132.

5) Z.B. RGZ 62, 150; RGZ 69, 15; RGZ 77, 314.

6) Z.B. RGZ 61, 212; RG JW 08, 656.

Deliktsrecht eng begrenzt, sieht man von der selten verletzten Generalklausel des § 826 BGB ab.

ab) Der Vertragsabschluß als Rechtsgrund vorvertraglicher Beziehungen

Der Zielvertragstheorie Leonhards<sup>1)</sup> folgend, hat das RG ab 1912 ein Verschulden bei Vertragsabschluß als selbständigen Haftungsgrund anerkannt, sofern ein gültiger Vertragsschluß zustande kam. Unter Berufung auf die Einheit von Abschluß und Erfüllung eines Vertrages müsse jeder Teil darauf vertrauen können, daß seine Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben von dem anderen Teil mißachtet werden.<sup>2)</sup> Nach dieser von der Lehre teilweise gebilligten Auffassung wirken die durch den Vertragsabschluß entstehenden Rechtspflichten auf die Vertragsverhandlungen zurück.<sup>3)</sup> Eine derartige Rückwirkung ist jedoch weder vom Gesetz angeordnet, noch entspricht sie dem Parteiwillen. Der Inhalt des Schuldvertrages ergibt nur die Pflichten, auf die sich die Parteien im Vertrag geeinigt haben und nicht diejenigen, auf die sie sich bei sorgfältigen Verhandlungen geeinigt hätten.<sup>4)</sup> Weil zudem der Vertragsschluß die Grundlage für das Entstehen vorvertraglicher Pflichten bilden soll, kommen bei dem Scheitern der Verhandlungen keinerlei Aufklärungspflichten in Betracht. Damit würde aber das Bestehen einer Rechtspflicht von einem nicht vorhersehbaren Ereignis abhängen. Diese Rechtsunsicherheit wirkt sich zunächst auf das Verhalten der Parteien aus, weil sie im unklaren darüber sind, ob sie zu einer Aufklärung verpflichtet sind oder nicht. Zudem ist ein

---

1) Leonhard, Schuldrecht, S. 533; ders., Verschulden bei Vertragsschluß, S. 58 ff.

2) RG JW 12, 743; RGZ 95, 58.

3) Cossack, Lb I § 135, S. 354 ff.; Krückmann, Institutionen, § 13, S. 162.

4) Baumert, a.a.O., S. 19.

Schadenseintritt von dem erfolgreichen Abschluß der Verhandlungen unabhängig.<sup>1)</sup>

Da es unser Gesetzssystem nicht rechtfertigt, das Bestehen von Aufklärungspflichten oder die Ersatzpflicht für eine Schadenszufügung von einem ungewissen späteren Ereignis abhängig zu machen, kann der Vertragsabschluß nicht als Grundlage vorvertraglicher Rechtsbeziehungen angesehen werden.

ac) Vertragliches Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen

Siber<sup>2)</sup> beurteilt die vorvertraglichen Verhandlungen als ein selbständiges Vertragsverhältnis. Der Rechtsgrund der vorvertraglichen Pflichten ergibt sich aus einem auf die Begründung von Erhaltungs- und Anzeigepflichten gerichteten Vertrag. Dieser atypische Vertrag ist jedoch eine Fiktion, welche sich auch nicht durch die Auffassung widerlegen läßt, nach § 157 BGB sei bei der Vertragsauslegung nicht ein innerer Wille, sondern nur die Angemessenheit nach dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben nach der Verkehrssitte zu ermitteln.<sup>3)</sup> § 157 BGB sagt nichts darüber aus, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde.<sup>4)</sup> Eine derartige Deutung des Parteiverhaltens widerspricht auch den Absichten der verhandelnden Parteien, die sich ja gerade vorbehalten, sich rechtsgeschäftlich zu binden.

---

1) Vgl. Böhme, a.a.O., S. 45: er weist darauf hin, daß erhebliche Unkosten u.a. durch Reisen zum Verhandlungsort oder durch Dienstausschlag entstehen können, wenn der Vertragspartner nicht rechtzeitig auf die für ihn wesentlichen Umstände hingewiesen wurde.

2) Siber in Planck, Komm. Bd. II §§ 275 - 292, Vorbem. 4c.

3) Ders. bei Planck, § 242 Anm. 3.

4) Tölle, ZGesStW 103, 70.

Weiterhin wurde die Ansicht vertreten<sup>1)</sup>, das Anbahnungsverhältnis sei ein vorbereitendes Rechtsverhältnis mit vertragsähnlichem Charakter, das rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt. Aber alle Versuche, die sich aus diesem vorbereitenden Schuldverhältnis ergebende Haftungsbegründung mit Hilfe der sogenannten Haftungsgeschäftstheorien zu entwickeln<sup>2)</sup>, konnten sich nicht durchsetzen, weil sie das Anbahnungsverhältnis dem rechtsgeschäftlichen Bereich zuordnen wollten. Die Rechtsnatur der Haftung für Verschulden bei der Vertragsanbahnung unterscheidet sich jedoch wesentlich von dem heute geklärten Rechtsgeschäftsbegriff: "Die Merkmale des Rechtsgeschäfts bestehen darin, daß die Parteien final auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen hinwirken und zu diesem Zwecke sich selbst eine Regelung innerhalb des Rechtsverkehrs setzen."<sup>3)</sup> Die Wirkung des Rechtsgeschäfts beruht auf dem Parteiwillen.<sup>4)</sup> Die Verhandlungspartner wollen jedoch kein Haftungsverhältnis begründen. Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo treten ein, weil die Rechtsordnung die Vertragsanbahnung unabhängig von einer bewußten Gestaltung bewertet und mit Rechtsfolgen versieht.<sup>5)</sup>

Stoll<sup>6)</sup> trennt die Vertragsverhandlungen vom Vertragschluß und weist nach, daß die Pflichten schon zu Beginn

---

1) Cossack, a.a.O., S. 355 ff.; vgl. auch RGZ 78, 240.

2) Vgl. Hildebrandt, a.a.O., S. 82 ff. RGZ 78, 240, Haftung für Verschulden aus einem Quasivertrag.

3) Helling, a.a.O., S. 5; Flume, Lb Bd. II, S. 115.

4) Der Streit zwischen der Rechtsfolgentheorie und der Grundfolgentheorie hat für die cic keine Bedeutung, da allein das finale Moment, die Willensbetätigung, von Bedeutung ist. Dieses Merkmal ist beiden Theorien gemeinsam.

5) Helling, a.a.O., S. 6.

6) Stoll, LZ 23, 523 ff.; ders., JW 27, 1086; ders. JW 28, 1285.

der Verhandlungen und nicht erst bei Abschluß des Vertrages selbst bestehen. Er verknüpft jedoch das Anbahnungsverhältnis mit dem Vertrag, weil das vorvertragliche Schuldverhältnis mit Vertragsschluß lediglich seine Erscheinungsform ändert. Das Vertragsverhältnis unterscheidet sich vom vertraglichen Schuldverhältnis aber insbesondere dadurch, daß es ein Moment der Veränderlichkeit in sich birgt, während der Vertrag gleichbleibende Pflichten begründet.<sup>1)</sup>

Ballerstedt vertritt die Auffassung, daß es entscheidend auf das Vertrauen der Vertragspartner ankomme.<sup>2)</sup> Somit brauche beim Anbahnungsverhältnis ein Haftungsverhältnis nicht ausdrücklich vereinbart zu werden; durch das Verhalten der Parteien würde zumindest der Schein eines üblichen rechtsgeschäftlichen Haftungsvertrages hervorgerufen. Das Vorliegen eines Rechtsscheines als gegenständliche Vertrauensgrundlage genüge für die Haftung.

Dagegen läßt sich jedoch einwenden, daß diese Auffassung einen Verpflichtungstatbestand schafft, der von der Verpflichtung durch bindende Willenserklärung abweicht.<sup>3)</sup> Weiterhin wird mit dieser Auffassung von der Rechtscheinslehre abgewichen, nach der in bestimmten Fällen das Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand für schutzwürdig erklärt wird. Die Rechtsscheinslehre vermag nicht den Grund vorvertraglicher Pflichten zu erklären; für sie ist allein das Vertrauen auf die äußere Erscheinung der Rechte maßgebend.<sup>4)</sup> Bei den im Anbahnungsverhältnis bestehenden Verhaltenspflichten handelt es sich nicht um den Schein von Rechten, auf den der Vertragspartner vertrauen kann. Zudem ist für das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo ein Verschulden erforderlich - ein Merkmal, das der Rechtscheinhaftung im Prinzip fremd ist.<sup>5)</sup>

---

1) Kaumanns, a.a.O., S. 11; Erman, AcP 139, 273 ff.

2) Ballerstedt, AcP 151, 504 ff.

3) Kaumanns, a.a.O., S. 14

4) Lehmann-Hübner, Lb, S. 136 ff.

5) Larenz, AT des BGB, S. 40.

ad) Gesetzliche Schuldverhältnisse der Vertragsverhandlungen

Weil eine deliktische und rechtsgeschäftliche Begründung des Anbahnungsverhältnisses sich nicht durchsetzen konnte, wird das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen als gesetzliches Schuldverhältnis angesehen. Unterschiedliche Ansichten bestehen jedoch über den Rechtsgrund einer derartigen vorvertraglichen Rechtsbeziehung.

Das RG vertrat die Auffassung, nur die einzelnen Rechtspflichten - und nicht das Rechtsverhältnis selbst - seien aus § 242 BGB abzuleiten. Es tendierte in seinen Entscheidungen für die Begründung des Rechtsverhältnisses bei Vertragsverhandlungen auf eine analoge Anwendung der §§ 122, 197, 307 und 309 BGB.<sup>1)</sup>

Der BGH sah das gesetzliche Schuldverhältnis als Ergänzung des geschriebenen Rechts an, ohne diese Auffassung näher darzulegen.<sup>2)</sup> Auch in späteren Entscheidungen werden nur die bestehenden Einzelpflichten auf § 242 BGB gestützt.<sup>3)</sup>

In der Lehre fehlt ebenfalls vielfach eine Begründung für die Annahme, daß das Anbahnungsverhältnis ein gesetzliches Schuldverhältnis ist.<sup>4)</sup>

Nach Danckelmann hat der Grundsatz von Treu und Glauben unter besonderen Umständen auch die Folge, Schuldverhältnisse ex lege als vertragsähnliche Vertrauensverhältnisse entstehen zu lassen.<sup>5)</sup> Der Rechtsgrund für das vertragsähnliche Schuldverhältnis der Vertragsanbahnung läßt sich aus § 242 BGB in Verbindung mit rechtsähnlicher Anwendung der im Gesetz aufgeführten Einzelschriften herleiten.<sup>6)</sup>

---

1) Vgl. RGZ 120, 251; RG JW 36, 799; RGZ 159, 54.

2) BGHZ 6, 333.

3) BGH LM (BE) Nr. 23 zu § 242.

4) Blomeyer, Lb § 17 III 1, S. 79; Enn.-Lehmann, Schuldrecht, § 43 III, S. 191; RGRK Nastelski § 276, Anm. 89.

5) Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 5.

6) Ders., § 276, Anm. 6a.

Helling führt aus, daß mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen wechselseitige Verpflichtungen ohne rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten entstehen, wie das Gesetz in §§ 197, 307, 309, 463 Satz 2, 663 BGB, 362 HGB zeigt, und daß der in diesen Vorschriften zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke in engem Zusammenhang mit dem schuldrechtlichen Grundsatz der gegenseitigen verkehrsgerechten Rücksichtnahme steht.<sup>1)</sup>

Larenz betont, daß dieser Rechtsgedanke, der im Gesetz nur in einigen Einzelbestimmungen einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, von Lehre und Rspr. zu einem Institut des geltenden Rechts entwickelt worden ist, das infolge langjähriger Übung und der Aufnahme in das allgemeine Rechtsbewußtsein heute die Kraft des Gewohnheitsrechts hat.<sup>2)</sup>

Erman führt zur Begründung aus, daß das dem § 242 BGB zugrunde liegende Prinzip Anwendung findet.<sup>3)</sup>

Überwiegend wird das Schuldverhältnis als ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis angesehen.<sup>4)</sup> Bereits die Vertragsverhandlungen beruhen auf der Grundlage des gegenseitigen Vertrauens und lösen deshalb gewisse vorvertragliche Rechten und Pflichten aus.<sup>5)</sup>

Demgegenüber weisen andere Autoren<sup>6)</sup> darauf hin, daß die Vertragsverhandlungen bereits ein im BGB - wenn auch nur lückenhaft - normiertes Rechtsverhältnis darstellen. Vor

---

1) Helling, a.a.O., S. 8.

2) Larenz, Schuldrecht, AT § 4 V, S. 40 ff.

3) Erman, AcP 139, 279.

4) Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 6a.

5) Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 165; Ballerstedt, AcP 151, 507; Käuffer, Die Vor- und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 5.

6) von Tuhr, AT II § 62 VI S. 486 ff.; Raiser, AcP 127, 21 ff.

allein die §§ 116 ff., 145 ff., 307 und 309 regeln die Beziehungen der Verhandlungspartner vor Vertragsabschluß oder für den Fall der Vertragsnichtigkeit, die für Vertragsverhandlungen aller Art gelten. Daraus muß geschlossen werden, daß ein Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen besteht, aus dem sich gewisse Rechte und Pflichten ergeben.<sup>1)</sup>

Die verschiedenen Auffassungen sind jedoch nicht unvereinbar. Die im Gesetz geregelten Normen für das Anbahnungsverhältnis gehen auch von dem Prinzip aus, daß schon bei Vertragsverhandlungen gewisse Anforderungen an die Parteien gestellt werden müssen, um einen geordneten Rechtsverkehr zu ermöglichen. Das Gesetz knüpft nachteilige Folgen an ein Verhalten der Beteiligten, mit dem gegen berechnete Erwartungen der anderen Seite verstoßen wird.<sup>2)</sup> Dadurch kommt zum Ausdruck, daß die Verhandlungspartner sich in bestimmtem Umfang gegenseitig vertrauen dürfen. Diese Vertrauenslage ist jedoch im Gesetz insofern unvollkommen geregelt, als nicht alle Rechtspflichten aufgeführt sind, die sich aus dem Vertrauensverhältnis ergeben. Lehre und Rspr. haben nunmehr durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf das bereits bestehende Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen weitere Rechtspflichten bejaht.

---

1) Böhme, a.a.O., S. 52; Dömpke, Vertragsverhandlungen, S. 44.

2) Z.B. §§ 116 ff., 148 BGB.

- b) Die Aufklärungspflicht als Folge der Anwendung des § 242 BGB auf das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen

Die im BGB geregelten Aufklärungspflichten<sup>1)</sup> sind Sonderregelungen, aus denen nicht die Folgerung hergeleitet werden kann, daß das Verschweigen aller anderen Umstände rechtlich erlaubt sei und während des Stadiums der Vertragsverhandlungen z.B. Mängel der Person oder Sache nicht angegeben zu werden brauchten.<sup>2)</sup> Aus der Gesamtheit der verschiedenen Bestimmungen oder aus einer einzelnen Norm kann allerdings kein allgemeines Prinzip über die Aufklärungspflicht abgeleitet werden, weil die gesetzlichen Vorschriften lediglich für bestimmte Vertragstypen und nur im Falle des Vertragsabschlusses gelten. Zudem ist keine einheitliche Regelung der Verschuldensmaßstäbe und Rechtsfolgen angeordnet. Auch eine analoge Anwendung einer oder mehrerer Vorschriften auf ähnliche Fälle ist nur äußerst begrenzt möglich, weil die Inhalte dieser Verpflichtungen speziell auf die einzelnen Vertragstypen zugeschnitten sind und daher nur sehr enge Teilbereiche regeln. Weil demnach der größte Teil der möglicherweise für den Willensentschluß eines Vertragspartners erhebliche Umstände, z.B. Angaben über die Vermögenslage oder unerwünschte Begleiterscheinungen eines Vertragsgegenstandes, nicht von den gesetzlichen Regelungen umfaßt wird, kann eine dahingehende Aufklärungspflicht nur auf § 242 BGB gestützt werden.

---

1) Hierher gehören vor allem die §§ 307, 309, vgl. Larenz, Schuldrecht AT § 4 V S. 39; weitere Aufklärungspflichten folgert Böhme, a.a.O., S. 35 ff. aus den Regelungen der §§ 523 Abs. 1, 524, 600 BGB; der §§ 463 S. 2, 480 Abs. 2 BGB; der §§ 443, 476, 540, 541, 581 Abs. 2, 637 BGB; der §§ 460 S. 2, 539 S. 2, 581 Abs. 2 BGB; der §§ 477 Abs. 1, 639 Abs. 1 BGB; der §§ 478 Abs. 2, 479 S. 2, 639 BGB und des § 694 BGB.

2) Böhme, a.a.O., S. 54.

c) Der Rechtsgrund der Offenbarungspflicht bei arbeitsrechtlichen Vertragsverhandlungen

In Rspr. und Schrifttum ist heute unbestritten, daß auf das vorvertragliche Stadium der Einstellungsverhandlungen die Grundsätze der Lehre von der culpa in contrahendo generell anwendbar sind.<sup>1)</sup> Bei Verhandlungen, die auf den Abschluß eines Arbeitsvertrages gerichtet sind, besteht ebenfalls ein Vertrauensverhältnis, aus dem sich Verpflichtungen für die Beteiligten ergeben.

Auch im Anbahnungsverhältnis bei anderen Schuldverhältnissen kann die auf § 242 BGB gestützte Aufklärungspflicht persönliche Eigenschaften der Vertragspartner beinhalten, so z.B. bei den Verhandlungen über einen Werk- oder Gesellschaftsvertrag. Bei derartigen Vertragsverhandlungen steht jedoch nicht so sehr die Person der Vertragspartei im Vordergrund, sondern das herzustellende Werk, bzw. der Zweck der Gesellschaft. Beim Arbeitsvertrag wird dagegen die persönliche Abhängigkeit und die individuelle Verantwortlichkeit für die zu erbringende Leistung betont. Die Fragen des ArbGs nach Ausbildung und Gesundheit des ArbNs, die Fragen des ArbNs nach Stellung, Verdienst und Erfolgsaussichten betreffen unmittelbar die Person der beteiligten Parteien. Insofern unterscheidet sich das arbeitsrechtliche Vertragsanbahnungsverhältnis von anderen Vorbereitungsverhältnissen. Weiterhin ist die Bedeutung der Arbeit für den Stellenbewerber zu beachten. "Die Arbeit soll nicht allein um des Lohnes willen verrichtet werden, sondern sie ist, gerade weil sie dem arbeitenden Menschen in seiner Persönlichkeitsentfaltung dient, zumindest Teilerfüllung seines Daseins."<sup>2)</sup> Zudem

---

1) BAG AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 276 BGB; Hueck-Nipperdey, Lb. I S. 415; Nikisch, Bd. I, S. 186; Sommer, AR Blattei IX; Maus, Arbeitsrecht, V F III; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 190.

2) Werthebach, Das Einwirken des Verfassungsrechts auf das Arbeitsverhältnis, 1968, S. 137.

sollen häufig durch den Abschluß des Arbeitsvertrages persönliche Bindungen für eine längere Zeit eingegangen werden.

Aus diesen Gründen wird erkennbar, daß personenrechtliche Elemente des Arbeitsverhältnisses schon bei den Vertragsverhandlungen bestehen. Die Erörterung persönlicher Probleme durch die verhandelnden Parteien erfordert daher eine besondere Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Interessen.<sup>1)</sup> Diese gesteigerte Rücksichtnahme betrifft auch die Offenbarungspflicht, weil sie die Verpflichtung begründet, Umstände aus der persönlichen Sphäre offenzulegen.

Die erhöhten Anforderungen im Arbeitsverhältnis ergeben sich aus der Treue- und Fürsorgepflicht als Folge des personenrechtlichen Elements dieses Gemeinschaftsverhältnisses. Daher ist zu untersuchen, ob die Treuepflicht des ArbNs auch schon bei den Einstellungsverhandlungen besteht.

#### ca) Die Treuepflicht bei Vertragsverhandlungen

##### (1) Die Auffassungen im Schrifttum

Maus<sup>2)</sup> erkennt Vorauswirkungen der Treuepflicht an. Zur Begründung weist er darauf hin, daß alle arbeitsrechtlich wesentlichen Vorgänge von dem Gedanken der Treuepflicht beherrscht werden.

Herschel<sup>3)</sup> leitet die Treuepflicht im Anbahnungsverhältnis aus dem Gegenstand der im Arbeitsverhältnis geschuldeten Leistung ab. Hinter dem Verhandlungsverhältnis stehe das Werden eines Arbeitsverhältnisses, das gegenseitiges Vertrauen erfordere. Er betrachtet demnach die Ver-

---

1) Vgl. Anm. 1 (S. 28); sowie Rothe, BB 55, 162; Pleyer, SAE 64, 5.

2) Handbuch des Arbeitsrechts V F III.

3) RdA 65, 191 ff.

tragsverhandlung als Teil eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, bei dem eine Treuepflicht besteht.

Hueck<sup>1)</sup> begründet eine eigenständige Treuepflicht im Anbahnungsverhältnis mit dem das ganze Arbeitsverhältnis beherrschenden Treuegedanken. Diese Pflicht ist gegenüber der Treuepflicht bei bestehendem Arbeitsverhältnis jedoch schwächerer Natur.

Dersch<sup>2)</sup> teilt diese Ansicht; er geht jedoch im Anbahnungsverhältnis von "gewissen" eigenständigen Treuepflichten aus. Sommer<sup>3)</sup> weist auf die erhöhte Bedeutung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses bei den Einstellungsverhandlungen hin. Eine besondere Rücksichtnahme gebiete die im Arbeitsverhältnis bestehende Treuepflicht.

Nach Kaumanns<sup>4)</sup> besteht schon vor Vertragsschluß des Arbeitsvertrages ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Die diesem besonderen Verhältnis immanente Treuepflicht liegt daher auch schon im Stadium der Vertragsverhandlungen vor.

Schröder<sup>5)</sup> erkennt zwar besondere Treuepflichten in diesem Bereich an, läßt es aber dahingestellt, ob man sie aus einem sozialrechtlichen Schutzprinzip oder aus Treu und Glauben ableitet.

Nikisch<sup>6)</sup> und Pleyer<sup>7)</sup> lehnen besondere Treuepflichten im Anbahnungsverhältnis ab. Nach Nikisch gilt der Grundsatz von Treu und Glauben, während Pleyer darauf hinweist, daß

---

1) Bei Hueck-Nipperdey, Lb. Bd. I § 48 II 7, sowie Anm. zu BAG AP Nr. 50, Nr. 219.

2) Bei Kaskel-Dersch, a.a.O., S. 190.

3) AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis IX.

4) A.a.O., S. 53 ff.

5) JJ 65, 66, S. 160.

6) Anm. zu BAG SAE 64, 5 ff.

7) Arbeitsrecht, Bd. I, S. 185 ff.

die Treuepflichten einen bestehenden Arbeitsvertrag voraussetzen; wenn es überhaupt nicht zum Vertragsschluß komme, könne eine vorvertragliche Treuepflicht nicht mehr gerechtfertigt werden.

Diesen Meinungen folgt auch Helling<sup>1)</sup>, der eine zweispurige Behandlung der culpa in contrahendo im Rahmen des Arbeitsrechts befürchtet. Das Vorbereitungsverhältnis im Arbeitsrecht bringe schon kraft Gesetzes die allen Vertragsverhandlungen immanente Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme hervor.

## (2) Die Auffassung des BAG

Eine einheitliche Begründung für das Bestehen von Treuepflichten im Stadium der Einstellungsverhandlungen fehlt. Die Entscheidungen beziehen sich zudem auf die Treue- und Fürsorgepflicht des ArbGs. In ihnen wird entweder auf die allgemein dem ArbG gegenüber dem ArbN obliegende Treue- und Fürsorgepflicht hingewiesen, aus der sich schon bei den Vertragsverhandlungen eine besondere Pflicht zur Rücksichtnahme ergebe<sup>2)</sup>, oder es wird von einer Ausstrahlung der Treuepflicht auf das Anbahnungsverhältnis gesprochen.<sup>3)</sup> In anderen Entscheidungen wird ohne nähere Begründung festgestellt, daß Treue- und Fürsorgepflichten schon bei der Vertragsanbahnung bestehen.<sup>4)</sup>

---

1) A.a.O., S. 22.

2) BAG AP Nr. 1 zu § 276 BGB.

3) BAG AP Nr. 4 zu § 276 BGB.

4) BAG AP Nr. 2 und 6 zu § 276 BGB.

### (3) Zusammenfassung und Stellungnahme

Weil mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen zwischen ArbN und ArbG ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, sind auch die sich daraus ergebenden Pflichten eigenständiger Natur. Die Pflichten des Vertragsanbahnungsverhältnisses können deshalb auch nicht als Vorwirkungen der angestrebten Vertragsverpflichtungen angesehen werden. Zudem kann die Entstehung einer Rechtspflicht nicht schon aus einem Vertrag hergeleitet werden, über dessen Zustandekommen noch Ungewißheit besteht.

Die vorvertraglichen Pflichten richten sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Nach der einen Ansicht (Pleyer, Nikisch) erfährt die allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme einen konkreten Inhalt durch den Blick auf den in Aussicht genommenen Vertragstyp; nach der herrschenden Meinung werden die üblichen vorvertraglichen Pflichten um besondere Treue- und Fürsorgepflichten ergänzt. Diese Auffassungen unterscheiden sich nicht im Ergebnis, da in beiden Fällen dieselben Verhaltensanforderungen an die Parteien des arbeitsvertraglichen Anbahnungsverhältnisses gestellt werden. Da sie eine nähere Inhaltsbestimmung einer Generalklausel erreichen wollen, ist auch ihr Ausgangspunkt gleich. Die Begründung der gesteigerten Rücksichtnahme durch die Treue- und Fürsorgepflicht ist eine konkrete Ausgestaltung des § 242 BGB; die Konkretisierung der allgemeinen Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme durch den angestrebten Vertragstyp beruht ebenfalls auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Aus der Besonderheit des angestrebten Vertragstyps ergibt sich jedoch generell eine erhöhte Pflicht zur Rücksichtnahme, weil dem Arbeitsvertrag personenrechtliche Elemente immanent sind. Da diese Probleme aus dem persönlichen Bereich mehr oder minder in jedem arbeitsvertraglichen An-

bahnungsverhältnis eine Rolle spielen, weist bereits das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis einen personenrechtlichen Einschlag auf.<sup>1)</sup> Als Ausfluß des personenrechtlichen Elements ist daher schon im Stadium der Vertragsverhandlungen eine eigenständige Treue- und Fürsorgepflicht anzuerkennen.

Die Interessenlage der beteiligten Personen während der Vertragsverhandlungen ist jedoch nicht die gleiche, wie sie sich nach Vertragsabschluß darstellt. Im Anbahnungsverhältnis handelt es sich noch nicht um die Verwirklichung von Leistungserfolgen, Schuldzwecken und weiteren ArbG- und ArbN-Interessen, sondern allein darum, ob sich die Parteien überhaupt zu einer derartigen vertraglichen Vereinbarung entschließen sollen. Aus diesem Grund ist auch der Umfang der Treue- und Fürsorgepflichten bei den Vertragsverhandlungen verschieden von ihrem Umfang nach Vertragsabschluß; im Erfüllungsstadium erfahren die Treue- und Fürsorgepflichten eine Intensivierung. Eine Verstärkung der Pflichten erfolgt deshalb, "weil das Bündel der Einzelpflichten, das auf der einen Seite die Treuepflicht, auf der anderen Seite die Fürsorgepflicht erzeugt, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und danach nochmals im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme größer wird, indem einige Einzelpflichten, die naturgemäß den Vertragsschluß oder die Arbeitsaufnahme voraussetzen, hinzukommen, während andere Einzelpflichten wieder erlöschen können".<sup>2)</sup>

Um eine abgewogene Einstellungsentscheidung treffen zu können, besteht schon während der Verhandlungen ein Interesse des ArbGs an persönlichen Eigenschaften des ArbNs. Der Umfang der bereits im Anbahnungsverhältnis bestehenden Treuepflicht des ArbNs erstreckt sich auf die Beachtung

---

1) Kaumanns, a.a.O., S. 53.

2) Hürholz, a.a.O., S. 113.

dieser berechtigten Interessen des ArbGs. Aus der Treuepflicht ergibt sich daher auch die Offenbarungspflicht des ArbNs im Stadium der Vertragsverhandlungen.

#### IV Die rechtliche Einordnung der Offenbarungspflicht

Die durch den Arbeitsvertrag übernommene Hauptleistungspflicht des ArbNs besteht darin, Arbeit zu leisten. Darüber hinaus gibt es bei einem derartigen Dauerschuldverhältnis zahlreiche Nebenpflichten, die mit der eigentlichen Leistungspflicht in einem mehr oder weniger engen Zusammenhang stehen.<sup>1)</sup>

Die Gliederung der Nebenpflichten erfolgt entweder nach ihren äußeren Erscheinungsformen, oder danach, in welcher Beziehung die Nebenpflichten zueinander stehen und wie sie sich zur Hauptpflicht als Kern des Schuldverhältnisses verhalten. Als primäre Nebenpflichten - oder Pflichten mit Eigenzweck<sup>2)</sup> werden solche Pflichten bezeichnet, die funktionell einem bestimmten Vertragsinhalt zugeordnet und ohne ihn nicht denkbar sind (Akzessorietät); sie ergänzen die Hauptpflicht, verfolgen jedoch einen eigenen (Neben-)Zweck. Da das Interesse des ArbGs an ihrer Erfüllung ebenso groß ist, wie an der Erfüllung der Hauptpflicht, stehen auch sie im synallagmatischen Verhältnis der Vertragspflichten. Sie werden daher auch als Nebenleistungspflichten bezeichnet<sup>3)</sup> und sind selbständig einklagbar.<sup>4)</sup>

---

1) Larenz, JZ 62, 105 ff. (108).

2) Soergel-Sibert, § 242 BGB Anm. 70.

3) Staudinger-Weber, § 242 BGB Anm. A 771.

4) H. M., vgl. Soergel-Sibert, § 242 BGB Anm. 70 b mit weiteren Nachweisen.

Demgegenüber sichern die sekundären Nebenpflichten - oder Pflichten ohne Eigenzweck - lediglich die pflichtgemäße Erfüllung der Hauptleistung.

Weil die Offenbarungspflicht als Verhaltensgebot die Erfüllung der Hauptpflicht vorbereiten, fördern und sichern soll, wird sie zu den unselbständigen, sekundären Nebenpflichten gerechnet.<sup>1)</sup> Die Terminologie in dieser Nebenpflichtengruppe ist jedoch nicht einheitlich. Nach Larenz<sup>2)</sup> gehört die Offenbarungspflicht zu den weiteren Verhaltenspflichten, Siebert<sup>3)</sup> zählt sie zu den Hilfspflichten, Weber<sup>4)</sup> zu den Sicherungspflichten, die die Hauptpflicht begleiten. Esser<sup>5)</sup> ordnet sie den Rücksichtspflichten zu.

Da die unselbständigen Nebenpflichten nicht an dem synallagmatischen Verhältnis der Vertragspflichten teilnehmen, sollen sie nach der herrschenden Meinung nicht selbständig eingeklagt werden können.<sup>6)</sup> Nach anderer Auffassung werden dagegen grundsätzlich alle Nebenpflichten für klagbar gehalten.<sup>7)</sup> Zur Begründung dieser Ansicht wird hervorgehoben, daß vielfach ein schutzwürdiges Interesse an der klageweisen Durchsetzung von unselbständigen Nebenpflichten besteht, weil durch die Schadensersatzsanktion für den Verletzungsfall kein vollständiger Ausgleich erreicht wird.

Eine Systematisierung der Nebenpflichten nach den jeweils geschützten Interessen des Gläubigers hat erstmalig Ruhig<sup>8)</sup>

---

1) Lehmann in Ennec.-Lehmann, Lb. S. 21.

2) Lbd. Bd. II, § 2 I.

3) Soergel-Sibert, § 242 BGB Anm. 65.

4) Staudinger-Weber, § 242 BGB Anm. 775.

5) Lb. 4. Aufl., S. 24.

6) Vgl. Ennec.-Lehmann § 4, S. 21, 22; Soergel-Sibert, § 242 BGB Anm. 70, 71; Blomeyer, a.a.O., S. 17; Nikisch, Lb. S. 83, 84.

7) Götz, JUS 61, 56; Oertmann, a.a.O., § 241 2c, 4c.

8) Die Nebenpflichten im Schuldrecht, 1963.

unternommen. Er teilt die Nebenpflichten in sekundäre und mittelbare sowie danebenstehende Schutzpflichten ein. Die sekundären Pflichten haben die konkreten Verhaltensweisen zum Inhalt, "die sich mit Rücksicht auf den versprochenen Leistungserfolg tatsächlicher Umstände halber aus dem abstrakten Leistungsverhalten herauskristallisieren".<sup>1)</sup> Die mittelbaren Pflichten beinhalten die Rücksichtnahme auf die über den Leistungserfolg hinausgehenden, bei Vertragsabschluß erkennbaren bzw. verkehrsüblichen Interessen des Gläubigers<sup>2)</sup>, während die Schutzpflichten keinerlei konkreten Bezug mehr zu einem Leistungserfolg haben. Bei nicht zweckneutralen Verträgen<sup>3)</sup>, - das sind Verträge, bei denen die weiteren Zwecke, die der Gläubiger über den Leistungserfolg hinaus verfolgt, zum vertragsinhaltlichen Zweck geworden sind - erweitert sich der Kreis der sekundären Nebenpflichten auf Kosten der anderen Nebenpflichtengruppen.<sup>4)</sup>

Der Arbeitsvertrag ist ein derartiger nicht zweckneutraler Vertrag, bei dem der ArbN eine größere Zahl von Pflichten vertraglich übernimmt, um den vielseitigen Anforderungen des ArbGs gerecht zu werden.<sup>5)</sup> Daraus ergibt sich die Besonderheit, daß der ArbN durch sein Verhalten gleichzeitig das Leistungsinteresse, das mittelbare Interesse wie auch das Interesse des ArbGs am Schutz seiner Vermögenswerte verletzen kann. Beschädigt der ArbN z.B. infolge einer auftretenden Sehschwäche Produktionsmittel oder Arbeitsmittel des Unternehmers, so kann eine Versetzung des ArbNs an einen anderen Arbeitsplatz erforderlich werden. Die frühzeitige Kenntnis derartiger körperlicher Mängel liegt im Interesse des ArbGs, um betriebliche Dispositionen rechtzeitig

---

1) Die Nebenpflichten im Schuldrecht, S. 77.

2) Ders., S. 103.

3) Vgl. die Terminologie bei Esser, 2. Aufl., S. 14 4b, S. 49.

4) Ruhig, a.a.O., S. 119 ff.

5) Ders., a.a.O., S. 139 ff.

tig treffen zu können. Unterläßt es der ArbN, die verminderte Sehkraft zu offenbaren, so berücksichtigt er weder das Interesse des ArbGs an der Arbeitsleistung noch das Interesse am betrieblichen Gesamterfolg und weiterhin auch nicht das Interesse, Schäden zu vermeiden. Bei einer derartigen Überschneidung von sekundären, mittelbaren und Schutzpflichten im Arbeitsverhältnis kann demnach ein schutzwürdiges Interesse des ArbGs daran bestehen, auch die Offenbarungspflicht klageweise durchzusetzen. Wie bei anderen, aus der Treuepflicht des ArbNs folgenden Auskunftspflichten, wird ihre Erfüllung dann Gegenstand einer selbständigen Klage sein können, wenn ohne sie die Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag nicht oder nicht mehr sinnvoll erbracht werden kann.<sup>1)</sup>

Im Anbahnungsverhältnis dagegen geht es nicht um die Realisierung der Interessen des ArbGs durch den ArbN, sondern darum, ob sich der ArbG die Befriedigung seiner Interessen als Leistung versprechen lassen soll. Die Verpflichtung des ArbNs, die für das Arbeitsverhältnis bedeutsamen Umstände darzulegen, soll die Begründung von Leistungspflichten erst ermöglichen. Daher findet eine Überschneidung der Offenbarungspflicht mit anderen Pflichten erst durch den Abschluß des Arbeitsvertrages oder der Arbeitsaufnahme statt. Aus diesem Grund kommt der Offenbarungspflicht im Anbahnungsverhältnis nur ein Hilfscharakter zu. Das Interesse des ArbGs an einem selbständig einklagbaren Anspruch dieser unselbständigen Nebenpflicht ist somit auch nicht schutzwürdig.

---

1) Trinkner, BB 68, 792; Esser, Schuldrecht, Bd. I AT, S. 15.

## V Der Umfang der Offenbarungspflicht

Eine generelle Offenbarungspflicht des ArbNs für alle den ArbG interessierenden Tatsachen und Eigenschaften bestände nur dann, wenn die Rechtsordnung das Interesse des ArbGs an dieser Kenntnis höher bewerten würde als das Interesse des ArbNs am Verschweigen seiner persönlichen Verhältnisse. Die Pflicht, höchstpersönliche Dinge aus seiner Privatsphäre zu offenbaren, kann den ArbN jedoch in seiner Würde und Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigen. Daher ist zu prüfen, inwieweit Grundrechte oder andere Rechtsnormen den ArbN zu schützen vermögen.

### 1. Grundrechtsgeltung im Arbeitsrecht

Nur wenn die Grundrechtsnormen im Arbeitsrecht Anwendung finden, können sie sich auf die Offenbarungspflicht des ArbNs auswirken. Die Streitfrage nach dem Geltungsbereich der Grundrechte innerhalb des Privatrechts hat jedoch noch keine eindeutige Klärung gefunden.

#### a) Die relative Auffassung

Nach der früher herrschenden Ansicht sind die Grundrechte lediglich Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat.<sup>1)</sup> Zur Begründung wird auf die historische Entwicklung der Grundrechte und auf die Entstehung des Grundgesetzes hingewiesen.<sup>2)</sup> Eine Bindung der Bürger an die Grundrechte sei

---

1) Vgl. z.B. Mangoldt-Klein, I Bd. I, Die Grundrechte, Vorbem. A II 4 vor a; Kaufmann, JUS 63, 378.

2) Olbersdorf, AuR 58, 194.

in Art. 1 Abs. 3, 19, Abs. 4 GG nicht vorgeschrieben<sup>1)</sup>; vielmehr sei ein Grundrechtsschutz gegen Eingriffe Privater nur dann gegeben, wenn das Grundgesetz den Anwendungsbereich der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis ausdrücklich angeordnet habe, wie z.B. in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Diese Ausnahmeregelung verdeutlicht, daß nur die staatliche Gewalt, nicht aber der einzelne Bürger an die Grundrechte gebunden ist. Eine absolute Geltung der Grundrechte wird abgelehnt.<sup>2)</sup>

Untersuchungen von Leisner<sup>3)</sup> und Laufke<sup>4)</sup> haben jedoch gezeigt, daß die Grundrechte nicht auf ihre originäre Richtungsgebundenheit beschränkt sind. Schon Smend<sup>5)</sup> vertrat die Auffassung, daß die Aufgabe einer Verfassung über die organisatorischen Regelungen der Staatsorgane und der Begrenzung staatlicher Macht hinaus Grundlage der gesamten staatlichen Rechtsordnung sei. Weil demnach die Verfassungsnormen als oberste Grundsätze Geltung im gesamten Rechtsleben beanspruchen, ergibt sich aus der Aufgabenerweiterung der Verfassung auch ein Wandel des materiellen Verfassungsbegriffs.<sup>6)</sup> Diese Erkenntnis über die Bedeutung des materiellen Verfassungsrechts führte dazu, den Wirkungsbereich der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis, also auch auf das Arbeitsrecht, auszuweiten.

---

1) Schätzel, RdA 50, 250; Götz Hueck in Anm. zu LAG Stuttgart AP Nr. 1 zu Art. 12 GG.

2) Schmidt-Rimpler, Friesenhahn, Knurr AÖR 76, 165.

3) Grundrechte und Privatrechtsordnung, S. 332 ff.

4) Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 148 ff.; vgl. auch Olbersdorf, AuR 58, 197 ff.

5) Verfassung und Verfassungsrecht 1928.

6) Vgl. hierzu die Untersuchung von Koll, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffes als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, 1961.

Heute ist allgemein anerkannt, daß sich in den Grundrechten eine objektive Wertentscheidung verkörpert, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.<sup>1)</sup> Allerdings bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, wie sich die Erweiterung des Rechtsgehaltes der Grundrechte konkret auf die anderen Rechtsgebiete auswirkt. Dabei geht es um das Problem der Drittwirkung der Grundrechte<sup>2)</sup>, um die Frage, ob die Grundrechte im Privatrechtsverkehr unmittelbar Anwendung finden oder nur über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln realisiert werden können.

b) Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung

Dürig<sup>3)</sup> bezeichnet die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln der §§ 138, 242 und 826 BGB als die Einbruchsstellen der Grundrechte in das Privatrecht. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG sei jede staatliche Gewalt, also auch die Rechtsprechung, verpflichtet, die Menschenwürde zu achten. Die sich aus der Menschenwürde ergebenden Grundrechte seien somit oberster Wertmaßstab für die Ausgestaltung und Konkretisierung der Generalklauseln.<sup>4)</sup> Die Ausfüllung der Generalklauseln mit diesem Inhalt erfordere auch die Einheit der Rechtsmoral.<sup>5)</sup> Aus Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4 GG würde jedoch deutlich, daß die Grundrechte als subjektiv öffentliche Rechte ausgestaltet sind, die unmittelbar nur gegen rechtswidrige staatliche Eingriffe zu

---

1) Vgl. für alle Leibholz-Rink, Vorbem. Art. 1 - 19 GG Anm. 2; BGHZ 24, 76.

2) Der Ausdruck stammt von Ipsen, Gleichheit GR II, S. 143.

3) In: Die Grundrechte von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 525; Ders., Festschrift für Nawiasky, S. 176 ff.

4) Maunz-Dürig, Art. 1 GG, RdNr. 132.

5) Dürig, a.a.O., RdNr. 131; Krüger, RdA 57, 205.

schützen vermögen. Eine absolute Wirkung der Grundrechte sei rechtsdogmatisch weiterhin deshalb unvertretbar, weil das Grundgesetz auch die individuelle autonome Handlungsfreiheit des Bürgers im Privatrechtsverkehr fordere.<sup>1)</sup>

Im Schrifttum hat Dürigs Ansicht vielfach Zustimmung gefunden.<sup>2)</sup> Auch das BVerfG hat sich der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung angeschlossen und betont, daß das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung schaffen will, sondern für alle Bereiche des Rechts gelte. Im Privatrecht entfalte sich der Rechtsgehalt der Grundrechte durch das Medium der Generalklauseln.<sup>3)</sup>

c) Die Lehre von der unmittelbaren Grundrechtsaktualisierung im Privatrechtsverkehr

Nipperdey<sup>4)</sup> tritt für die absolute Wirkung der Grundrechte ein; die Grundrechte sollen den Bürger im Privatrechtsverkehr direkt binden und nicht erst auf Grund anderer Vorschriften. Diese Rechte haben dahingehend einen Bedeutungswandel erfahren, daß sie neben ihrer originären Aufgabe als Abwehrrechte des Bürgers gegen die staatliche Gewalt die Funktion von unmittelbar anwendbaren Grundsatznormen für alle Bereiche der Rechtsordnung erhalten haben.

---

1) Dürig, a.a.O., RdNr. 131.

2) Z.B. Bachof, in: Die Grundrechte, Bd. 3, S. 172 ff.; Krüger, RdA 57, 205; Bosch-Habscheid, JZ 56, 300; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 62 ff.; Maunz, Lb. Staatsrecht, S. 94, 115; Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 103; Erman-Westermann, § 138 BGB Anm. 10; Coing, JZ 58, 560; BGHZ 16, 80; grundsätzlich auch Mangoldt-Klein, Vorbem. A II 4 ff.

3) BVerfG 7, 198 ff. (205).

4) Ennec.-Nipperdey, I Halbbd., S. 93; ders., Die Würde des Menschen in: Die Grundrechte von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 18 ff.; ders., Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte, a.a.O., Bd. 4, Teil 2, S. 748.

Diese Meinung wird vor allem in der arbeitsrechtlichen Literatur geteilt.<sup>1)</sup>

Zur Begründung seiner Auffassung verweist Nipperdey auf Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG.<sup>2)</sup> Die Schutzverpflichtung des Staates gebiete auch die Angriffe nichtstaatlicher Kräfte auf die Menschenwürde abzuwehren. Weil sich aus der sprachlichen Fassung des Art. 1 Abs. 2 GG ergibt, daß die Menschenrechte integrierender Bestandteil der menschlichen Würde sind, erstreckt sich die Schutzverpflichtung notwendig auf alle gegen die einzelnen Grundrechte möglichen Eingriffe. Weiterhin wird dem Art. 1 Abs. 2 GG entnommen, daß das Bekenntnis des deutschen Volkes zu den unverletzlichen Menschenrechten jeden Einzelnen verpflichte, die Grundrechte seiner Mitbürger zu achten. Die absolute Wirkung der Grundrechte wird auch auf Art. 1 Abs. 3 GG gestützt. Wenn die Rechtsprechung Verstöße Privater gegen die Grundrechte dulden würde, verletze sie selbst die Grundrechte. Des weiteren wird aus der Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte gefolgert, daß Private erst recht diesen Beschränkungen unterliegen.<sup>3)</sup> Die Drittwirkung wird zudem der Präambel des Grundgesetzes entnommen, wonach die Verfassung dem staatlichen Leben eine neue Ordnung geben will.

Andere Autoren stützen eine allgemeine Drittwirkung der Grundrechte auf Art. 19 Abs. 2 GG<sup>4)</sup> oder darauf, daß die Grundrechte ideengeschichtlich von vornherein nicht nur als Abwehrrechte gegen den Hoheitsträger festgelegt seien.<sup>5)</sup>

---

1) Laufke, a.a.O., S. 155; Wieacker, JZ 54, 467; Krüger, Hildegard, RdA 54, 368; dies., RdA 56, 430; Krüger, Herbert, DVBl 55, 384; Hamann, NJW 57, 4; BGHZ 13, 334; BGHZ 24, 176; BAGE 1, 193; BAGE 2, 224, 225.

2) RdA 50, 125.

3) Vgl. auch Hamel, DVBl 57, 619; Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 749.

4) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 155 ff.

5) Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, S. 53.

d) Widerlegung der ersten Begründungsversuche der Drittwirkung

Die vorgetragenen Argumente sind nicht unbestritten geblieben und vermögen nicht vollends zu überzeugen.<sup>1)</sup>

Den Begründungsversuchen mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG kann entgegengehalten werden, daß die Achtung der Menschenwürde und das Bekenntnis zu den Menschenrechten nicht a priori eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Art. 2 ff. GG im bürgerlichen Recht verlangen.<sup>2)</sup> Die Schutzverpflichtung des Staates kann zudem auch in einem "Unterlassen" bestehen.<sup>3)</sup> Weiterhin kann nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG allenfalls eine Drittwirkung der Menschenrechte abgeleitet werden.<sup>4)</sup> Darüber hinaus ist strittig, welche Grundrechte den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten zugeordnet werden können.<sup>5)</sup> Die Beweisführung, die sich auf Art. 1 Abs. 3 GG stützt, enthält eine petitio principii, weil die Rechtsprechung keinen Verstoß Privater gegen die Grundrechte feststellen kann, ohne ihre unmittelbare Geltung im Privatrechtsverkehr bereits anerkannt zu haben. Bei dem Argument, daß die Drittrichtung der Grundrechte schon deshalb erforderlich sei, weil der Einzelne nicht tun dürfe, was dem Staat verboten ist, wird jedoch verkannt, daß Staat und Einzelner "qualitativ nicht ein und derselben Ebene angehören".<sup>6)</sup> Das argumentum a maiore ad minus ist daher vom BVerfG ausdrücklich zurückgewiesen worden, weil hier Nichtzusammengehöriges in ein einfaches Verhältnis von mehr oder weniger gebracht wird.<sup>7)</sup>

---

1) Vgl. dazu eingehend Reichenbaum, Grundrechte und soziale Gewalten, 1962, S. 123 ff.

2) Maunz-Dürig, Art. 1 I GG, RdNr. 3.

3) Reichenbaum, a.a.O., S. 125; BVerfGE 1, 104.

4) Werthebach, a.a.O., S. 91, Anm. 137.

5) Maunz-Dürig, Art. 1 GG, RdNr. 6.

6) Reichenbaum, a.a.O., S. 130; vgl. auch Dürig, DÖV 58, 196.

7) BVerfGE 7, 220; vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 III GG, RdNr.136.

Über den Rechtscharakter der Präambel besteht keine Einigkeit.<sup>1)</sup> Die historische Entwicklung der Grundrechte beruht auf dem Spannungsverhältnis Individuum - Staat; sie sind auch im Grundgesetz als Individualrechte gegen die Staatsgewalt konzipiert worden.<sup>2)</sup>

- e) Die heute vorwiegende Begründung für eine absolute Grundrechtsgeltung

Der Bedeutungswandel der Grundrechte zu der Doppelfunktion Abwehrrechte gegen den Staat und unmittelbar geltendes Recht in der gesamten Rechtsordnung wird heute überwiegend durch das in Art. 20 und 28 GG proklamierte Sozialstaatsprinzip erklärt.<sup>3)</sup>

Bereits Menger<sup>4)</sup> hat erkannt, daß das Kriterium "sozial" nicht lediglich ein Begriff politischer Zielsetzung ist, sondern ein den Rechtsstaat bestimmendes Gerechtigkeitsprinzip kennzeichnet. Damit kommt dem Begriff "sozialer Rechtsstaat" ein besonderer materialer Rechtswert zu<sup>5)</sup>, der als tragende Grundsatznorm - vgl. Art. 79 Abs. 3 GG - eine Bedeutung im gesamten Rechtsleben verlangt. Das Bekenntnis des Verfassungsgebers zu einem sozialen Staat und die Einschränkung des Art. 2 GG deuten bereits darauf hin, daß die rechtsstaatliche Freiheit nicht unbeschränkt ausgeübt werden kann.<sup>6)</sup> Die Sozialstaatsmaxime verlangt viel-

---

1) Vgl. Mangoldt-Klein, Vorbem.

2) Werthebach, a.a.O., S. 53 ff.

3) Z.B. Leisner, a.a.O., S. 170 ff.; Laufke, a.a.O., S. 85.

4) In: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner GG, 1953, S. 18 ff.

5) So Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 28.

6) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 3 GG, RdNr. 25.

mehr eine soziale Tendenz des gesamten Rechtes, um jedem ein der menschlichen Würde entsprechendes Dasein zu ermöglichen.<sup>1)</sup> Weil dieser soziale Grundsatz sowohl vom Träger staatlicher Gewalt als auch vom Inhaber privater Macht mißbraucht werden kann, unterliegen beide der Verpflichtung, auf den sozial Schwachen Rücksicht zu nehmen.<sup>2)</sup> Die gebotene Rücksichtnahme kann im Privatrechtsverkehr jedoch nur erreicht werden, wenn man den Grundrechten Drittrichtungsqualität zuerkennt. Diese Ansicht wird vom BAG geteilt.<sup>3)</sup> Das Gericht hat dazu ausgeführt, daß die sozial-rechtliche Umgestaltung der Grundrechte durch das Sozialstaatsprinzip dazu führe, daß sie als Ordnungssätze des sozialen Lebens auch im Arbeitsrecht unmittelbare Anwendung finden.<sup>4)</sup>

Der absoluten Drittwirkung wird das gewichtige Argument entgegen gehalten, daß die unmittelbare Grundrechtsbindung zur Aufhebung der Privatautonomie führe.<sup>5)</sup> Das Grundgesetz gewähre dem Einzelnen im Privatrechtsverkehr vielmehr die Freiheit, sich über die Grundrechte hinwegsetzen zu können.<sup>6)</sup> Die durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Entfaltungsfreiheit gewährleistet die Handlungsfreiheit auch im Wirtschaftsbereich.<sup>7)</sup> Zu ihren Erscheinungsformen gehört die Vertragsfreiheit, die sich inhaltlich aus der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit zusammensetzt. Demnach kann sowohl der ArbG als auch der ArbN frei darüber entscheiden, ob er überhaupt, mit wem und unter wel-

---

1) BAG DB 54, 1024.

2) Laufke, a.a.O., S. 185; Müller, DB 56, 525 ff.

3) BAGE 1, 193; BAGE 4, 243.

4) BAGE 1, 193.

5) Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG RdNr. 129; Galperin, JZ 56, 107.

6) Maunz-Dürig, a.a.O., RdNr. 130.

7) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und GG, S. 19.

chen Bedingungen er einen Vertrag schließen will.

Eine derartige Willensfreiheit besteht jedoch nur bei gleichgeordneten Vertragspartnern. Nur Parteien auf gleicher (Macht-)Ebene haben bei Vertragsverhandlungen die Gestaltungsmöglichkeit und Entscheidungsfreiheit, die der liberalen Grundrechtsvorstellung entspricht.<sup>1)</sup> Die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit bedeutet keine Diktatfreiheit, sondern setzt einen frei ausgehandelten Vertrag voraus.<sup>2)</sup> Bei nur nominell rechtlicher oder tatsächlicher Gleichstellung fehlt dagegen infolge des bestehenden Machtgefälles zwischen den Vertragspartnern die Möglichkeit, einen Vertrag frei auszuhandeln. Verschiebt sich die Ausgangsposition auf Grund der Machtverhältnisse so stark, daß die eine Partei gegenüber der anderen in eine Situation der Abhängigkeit gerät, so liegt faktisch ein Unterordnungsverhältnis vor, das dem Verhältnis zwischen Bürger und Staat vergleichbar ist.<sup>3)</sup> Bei dieser Gegebenheit ist der eine Vertragspartner Inhaber einer sozialen Gewalt, die der staatlichen Macht gleichkommt. Infolge dieser Position bestehen für den Privaten auch die gleichen Möglichkeiten grundrechtswidrigen Einflusses<sup>4)</sup>, wie bei dem Träger staatlicher Gewalt. Hier setzt jedoch der spezifische Schutzzweck der Grundrechte ein, die gegen jede Art von Macht schützen sollen, sei es nun politische, soziale oder private Gewalt.<sup>5)</sup>

Die Schwierigkeit besteht nun darin, festzustellen, wann eine Machtkonzentration in der Hand Privater vorliegt, die zu einer unmittelbaren Anwendung der Grundrechtsnormen

---

1) Federlin, Art. 3 GG und der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Arbeitsrecht, 1965, S. 70

2) Gamillscheg, AcP 164, 413.

3) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 205 ff.

4) Gamillscheg, AcP 164, 407.

5) Leisner, a.a.O., S. 205 ff.; Werthebach, a.a.O., S. 105; Laufke, a.a.O., S. 182.

zwingt. Vielfach wird auf eine Not- oder Zwangslage des benachteiligten Vertragspartners abgestellt.<sup>1)</sup> Wann eine solche unmittelbare Gefahr für die körperliche und seelische Integrität besteht, läßt sich jedoch nur im Einzelfall bestimmen, so daß es dem Richter überlassen bleiben muß, eine konkrete Notsituation zu eruieren. Als Kriterium für die Beurteilung einer materiellen Notlage wird z.B. das Existenzminimum angesehen.

Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, daß sie die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses nicht genügend berücksichtigt. Weil sich der ArbG bei bestehendem Arbeitsverhältnis immer in einer sozial stärkeren Stellung als der ArbN befindet, übt er auch stets eine soziale Macht aus.<sup>2)</sup> Die stärkere Position des ArbGs beruht letztlich auf den von vornherein gegebenen Machtunterschieden, so daß das ArbG-ArbN-Verhältnis a priori den Untergebenen kennt.<sup>3)</sup>

Auch schon bei Vertragsverhandlungen führt die verschiedene Ausgangsposition von Selbständigem und abhängig Arbeitendem zu einer tatsächlichen und rechtlichen Ungleichheit, weil sich der bewerbende ArbN in der Regel den Bedingungen fügen muß, die der ArbG an die Einstellung knüpft. Insofern besteht für den ArbN faktisch keine Gestaltungsfreiheit im Anbahnungsverhältnis; sein Recht, den Arbeitsvertrag zu gestalten, ist ein "nudum ius".<sup>4)</sup>

---

1) Z.B. Werthebach, a.a.O., S. 109.

2) Gamillscheg, AcP 164, 408 ff.

3) Vgl. Federlin, a.a.O., S. 70.

4) Laufke, a.a.O., S. 185.

f) Die notwendige Einschränkung der Drittwirkung

Die Anerkennung der unmittelbaren Grundrechtswirkung im Arbeitsrecht führt zu einer Beschränkung der Vertragsfreiheit zugunsten des sozialen Elements. Eine sozialgebundene Vertragsfreiheit bedeutet jedoch nicht, daß sich die Bindung des ArbGs an die Grundrechte in jedem Fall genauso auswirkt, wie die Beschränkungen, denen der Hoheitsträger bei staatlichem Handeln unterworfen ist. Das Verhältnis Bürger - Staat unterscheidet sich von der Beziehung ArbN - ArbG dadurch, daß es dem ArbN freisteht, bei welchem Unternehmer er sich bewerben will, und daß er den Arbeitsvertrag durch Kündigung lösen kann. Diese Möglichkeiten schränken die Abhängigkeit des ArbNs vom einzelnen ArbG ein, da sich der ArbN in Zeiten der Vollbeschäftigung und in industriell gut strukturierten Gebieten eine andere Arbeitsstelle suchen kann. Daher sind nur solche Anordnungen und Verträge an Grundrechtsnormen zu überprüfen, die nicht auf individuelle Verhältnisse abstellen, sondern - wie z.B. einheitliche Einstellungs Voraussetzungen oder allgemeine Arbeitsbedingungen - durch ihre Regelung nach Gattungsmerkmalen und ihre sozialgestaltende Wirkung dem Gesetz im materiellen Sinn nahekommen.<sup>1)</sup> Im übrigen ist der ArbG bei seinen Maßnahmen nur insoweit durch die Grundrechte beschränkt, als der Zweck des Unternehmens nicht eine Grundrechtseinschränkung des ArbNs rechtfertigt. Andernfalls würde die in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungs- und Vertragsfreiheit über Gebühr eingeengt.

Die im Privatrechtsverkehr erforderliche Beschränkung der Drittwirkung der Grundrechte hat das BAG<sup>2)</sup> für die Geltung des Gleichheitssatzes hervorgehoben. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG liegt nur bei willkürlichem Handeln des ArbGs

---

1) Vgl. Mayer-Maly, AuR 68, 6.

2) BAGE 1, 185 ff.

vor, wobei sich die Beurteilung der Willkür "aus der Natur der Sache ergebe". Nach Ipsen<sup>1)</sup> muß der angegebene Grund offenkundig willkürlich sein. Die vorgenommene Begrenzung der Drittwirkung des Art. 3 GG ist auf alle im Arbeitsrecht geltenden Grundrechtsnormen auszudehnen.

Als Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob die Entscheidung des ArbGs unzulässigerweise gegen die Grundrechte des ArbNs verstößt, kann der Zweck des Unternehmens herangezogen werden. So sind Beschränkungen durch die Betriebsordnung oder durch die Festlegung der Arbeitszeit für einen geordneten Ablauf des Betriebes erforderlich. Anordnungen, die nicht mit der übernommenen Arbeit oder dem Ziel des Unternehmens im Zusammenhang stehen, sind unzulässig. Derartige Zweckmäßigkeitserwägungen können aber nur den Eingriff in grundrechtliche Randbereiche rechtfertigen; der Kern des Grundrechts darf nicht ange-tastet werden, weil sonst das Grundrecht als Ganzes auf-gehoben würde. Der Grundgedanke des Art. 19 Abs. 2 GG fin-det also auch im Arbeitsrecht Anwendung.<sup>2)</sup>

#### g) Die Drittrichtungsqualität der einzelnen Grundrechte

Die Wandlung der Grundrechte über ihre ursprüngliche Funk-tion hinaus zu subjektiven Rechten Einzelner im Arbeits-recht ist nach der hier vertretenen Ansicht auf die So-zialstaatsmaxime als tragendes Prinzip unserer gesamten Rechtsordnung zurückzuführen. Durch das Sozialstaatsprin-zip kann jedoch keine generelle Drittwirkung der Grundrech-te erklärt werden. Funktion und Inhalt der einzelnen Grund-rechte verlangen vielmehr eine gesonderte Prüfung, welche

---

1) Gleichheit, S. 145.

2) Vgl. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 155 ff., der jedoch aus Art. 19 Abs. 2 GG eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ableitet.

Grundrechtsvorschrift zu den Ordnungssätzen des sozialen Lebens gehört. Im folgenden sollen jedoch nur die Grundrechte untersucht werden, deren Schutzfunktion zu einer Einschränkung der Offenbarungspflicht führen kann.

(1) Art. 1 Abs. 1 GG garantiert die Unantastbarkeit der Menschenwürde.

Teilweise wird dieser Norm die Grundrechtsqualität aberkannt, weil der Schutzgedanke des Art. 1 GG durch die übrigen Grundrechte verwirklicht sei. Insbesondere wird auf den Auffangtatbestand des Art. 2 Abs. 1 GG hingewiesen.<sup>1)</sup>

Zwischen beiden Grundrechten besteht insofern eine innere Verbindung, als Art. 2 Abs. 1 GG die Verwirklichung der menschlichen Würde beinhaltet.<sup>2)</sup> Aus ihrem Verhältnis zueinander ergibt sich aber auch ihre inhaltliche und funktionelle Eigenständigkeit.<sup>3)</sup> Art. 1 GG hat die besondere Aufgabe, "den Menschen in seiner Wesenheit, seinem statischen Dasein, ihn also als Persönlichkeit zu schützen; die Dynamik des Einzelnen, seine Initiative, wird dagegen durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt."<sup>4)</sup> Dem Wortlaut und Sinngehalt des Art. 1 GG kann daher nach der Rspr. und einem großen Teil der Lehre entnommen werden, daß mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde ein materielles Hauptgrundrecht normiert wurde.<sup>5)</sup>

Das Gebot, die Menschenwürde zu achten, gibt jedem Einzelnen einen Anspruch darauf, "seine Menschlichkeit unter allen Umständen bewahren zu dürfen, also bei aller notwendigen Einordnung in die Umwelt doch Einzelpersönlichkeit zu

---

1) Z.B. Maunz-Dürig, Art. 1 I GG RdNr. 4; Mangoldt-Klein, S. 147.

2) Nipperdey, a.a.O., S. 742.

3) Vgl. Werthebach, a.a.O., S. 142.

4) Hamann, GG Komm. Anm. zu Art. 1 GG.

5) BVerfGE 1, 347, 348; BAGE 4, 281; BGHZ 13, 338; Nipperdey, in: Die Grundrechte, Bd. 2, S. 11; ders., Bd. 4, 2. Halbbd., S. 742.

bleiben".<sup>1)</sup> Um diesen Schutzgedanken in der gesamten Rechtsordnung durchsetzen zu können und dadurch verfassungskonformes Recht zu gewährleisten, ist eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 1 GG erforderlich. "Nicht nur die politische Ordnung, sondern auch das wirtschaftliche Leben ist von Rechts wegen nicht lediglich an Erwägungen der Zweckmäßigkeit orientiert, sondern muß zugleich die Gebote der Gerechtigkeit und unverletzliche Individualrechte berücksichtigen."<sup>2)</sup>

Die Verfassung enthält keine Definition der Menschenwürde. Zu ihr gehören jedoch nach einhelliger Ansicht die Intimsphäre des Menschen und das Recht, als Person geachtet und dementsprechend behandelt zu werden. Daher wird die Menschenwürde verletzt, wenn der Einzelne zum Objekt, zu einer vertretbaren Größe degradiert wird.<sup>3)</sup>

(2) Im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 1 GG, der die Individualität der Person an sich schützt, garantiert Art. 2 Abs. 1 GG die persönliche Entfaltungsfreiheit. Die Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit erstreckt sich nach einheitlicher Meinung<sup>4)</sup> auf alle Lebensgebiete. Sie umfaßt also auch die wirtschaftliche Betätigung. Damit ist gleichzeitig die Drittrichtungswirkung dieser Grundrechtsbestimmung nachgewiesen.

Die Schutzfunktion des Art. 2 Abs. 1 für den handelnden Menschen ist im Hinblick auf die Offenbarungspflicht die gleiche, wie sie Art. 1 GG statuiert. Wegen der inneren Beziehung der beiden Normen werden sie auch häufig zusammen zitiert.

---

1) Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, S. 413.

2) Ders., S. 414.

3) Maunz-Dürig, Art. 1 I GG RdNr. 28; BVerfGE 10, 68.

4) BVerfGE 12, 347; Hamann, Komm. Art. 2 GG Anm. 3; Nipperdey, a.a.O., S. 768 mit weiteren Nachweisen.

Der Freiheit des Einzelnen, seinem Willen entsprechend zu handeln, sind jedoch zum Schutz der Gemeinschaftsordnung Grenzen gesetzt. Nach Art. 2 Abs. 1 letzter Halbsatz wird die Entfaltungsmöglichkeit zugunsten der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung sowie allgemeingültiger sittlicher Normen eingeschränkt.

(3) Das Gleichheitsprinzip des Art. 3 GG ist eine nähere Ausgestaltung des Art. 2 GG. "Die Wahrung der Würde des Menschen gebietet eine gleichmäßige Behandlung, auf welchen Lebenssachverhalt sie auch bezogen sein mag."<sup>1)</sup> Der Gleichheitssatz als "elementarer Verfassungsgrundsatz" muß daher in der gesamten Rechtsordnung gelten.<sup>2)</sup> Im Arbeitsrecht ist die Drittrichtungsqualität des Art. 3 Abs. 1 GG mit den im Abs. 2 und 3 enthaltenen Konkretisierungen vom BAG und einem Teil der Lehre anerkannt.<sup>3)</sup>

(4) Der Wirkungsbereich der Art. 4, 6 Abs. 1 und 4, sowie 5 und 12 Abs. 1 GG erstreckt sich wegen ihrer überragenden Bedeutung auch auf das Arbeitsrecht. Auch diese Normen sollen die Individualität des Einzelnen und seine Entfaltungsfreiheit schützen. Die unmittelbare Drittwirkung dieser Grundrechte wird allgemein vertreten.<sup>4)</sup>

---

1) Federlin, a.a.O., S. 67.

2) Mangoldt-Klein, Komm. S. 195; Hamann, Komm. S. 88.

3) Werthebach, a.a.O., S. 157 ff. mit weiteren Nachweisen.

4) Ders., S. 210 ff., S. 164 ff., S. 159 ff.; LAG Hamm DB 69, 2353.

## 2. Weitere für den Umfang der Offenbarungspflicht bedeutungsvolle Normen

a. Nach Art. 8 Abs. 1 MRK<sup>1)</sup> hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. In dieser Norm wird die Privatsphäre des Einzelnen ausdrücklich als schutzwürdiger Bereich anerkannt. Ob der menschenrechtliche Schutz des Privatlebens vor Eingriffen Privater konzipiert ist, scheint wegen der Fassung des Art. 8 Abs. 2 allerdings zweifelhaft.<sup>2)</sup>

b. Die analoge Weiterentwicklung der Zivilrechtlichen Normen zum Schutz einzelner Persönlichkeitsrechte<sup>3)</sup> und die Gebote des Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG haben zu einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geführt.<sup>4)</sup> Dieses Persönlichkeitsrecht findet als absolutes Recht über § 823 BGB auch im Arbeitsrecht unmittelbar Anwendung. Als Ergänzung der einzelnen im bürgerlichen Recht geregelten Persönlichkeitsrechte umfaßt es weitere Persönlichkeitsgüter, wie z.B. die Ehre, die Privatsphäre, das Privat- und Familienleben und andere mehr. Damit bietet das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen umfangreichen Schutz vor Eingriffen in den persönlichen Bereich.

c. Für den Umfang der Offenbarungspflicht ist weiterhin § 242 BGB und die daraus folgende Treue- und Fürsorgepflicht bedeutend. Das Zusammenwirken von ArbG und ArbN

---

1) Die MRK gilt gemäß Gesetz vom 7.8.1952 (BGBl II 685, 953) auch in der Bundesrepublik (Bekanntmachung vom 12.5.1953 BGBl 1954 II 14).

2) Ablehnend Mayer-Maly, AuR 68, 8; zustimmend Schwenk, NJW 68, 822.

3) Z.B. § 12 BGB, § 22 KUrHG

4) Seit BGHZ 13, 338, vgl. Palandt-Danckelmann, § 823 BGB, Anm. 15.

verlangt ein Verhalten, das eine geeignete Grundlage für ein vertrauensvolles Arbeitsverhältnis bietet. Diese gegenseitige Rücksichtnahme ist auch schon im Anbahnungsverhältnis, bei der Begründung des Arbeitsvertrages erforderlich. Zwar müssen vom ArbN die sachlich gerechtfertigten geschäftlichen und betrieblichen Interessen des ArbGs beachtet werden; das Vertrauensverhältnis rechtfertigt aber nicht ohne weiteres die Berücksichtigung der vielfach zu hohen Erwartungen des ArbGs. Grenzen werden auch hier durch die verfassungs- und privatrechtlich verbürgten Persönlichkeitsrechte gesetzt.

### 3. Auswirkungen der verfassungs- und privatrechtlichen Normen auf die Offenbarungspflicht

#### a. Die spontane Offenbarungspflicht des ArbNs und ihre notwendige Begrenzung

Aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit folgt zunächst, daß für den ArbN keine generelle Offenbarungspflicht besteht. Der ArbN würde unzumutbar in seiner wirtschaftlichen Betätigung gehemmt, wenn er von sich aus für ihn ungünstige Tatsachen und Umstände vortragen sollte, die zu einem Verlust des Arbeitsplatzes oder einer zu vergebenden Stelle führen könnten.<sup>1)</sup> Eine generelle Offenbarungspflicht muß auch deshalb abgelehnt werden, weil der ArbN vielfach nicht erkennen kann, welche Anforderungen der ArbG an den Bewerber stellt. Der ArbN wäre daher gezwungen, ausführlich seinen gesamten Lebenslauf, persönliche Eigenschaften und Anschauungen zu offenbaren.

---

1) Haberkorn, RdA 62, 410; Ramm, Anfechtung, S. 68; Schlessmann, Der Arbeitsvertrag, S. 31; ders., Das Rechtshandbuch der Personalleitung, S. 83; Brill, ArbuR 68, 137; Sommer, AR-Blattei "Anfechtung im Arbeitsrecht I", B II 2 mit umfangreichen Nachweisen.

Eine inhaltlich derartig überspannte Verpflichtung widerspricht nach herrschender Ansicht den Erfordernissen des Arbeitslebens.<sup>1)</sup>

Eine weitere Einschränkung der Offenbarungspflicht ergibt sich aus dem verfassungs- und privatrechtlichen Schutz der Intimsphäre. Der Zwang, persönliche Verhältnisse spontan aufzudecken, würde die garantierten Persönlichkeitsrechte stark beeinträchtigen. Demnach ist der ArbN grundsätzlich nicht verpflichtet, persönliche Umstände bekannt zu geben, ohne vom ArbG danach befragt zu sein.

Die Rechtsposition des ArbNs erfährt jedoch durch die Vorbehaltsklausel des Art. 2 Abs. 1 GG eine Begrenzung. Die Grundrechtsausübung des ArbNs findet ihre Schranke in der geschützten Rechtssphäre der Mitbürger, so daß der ArbN durch sein Verhalten die Rechte anderer weder verletzen noch unmittelbar gefährden darf. Aus diesen Gründen ist die in der Literatur vertretene Meinung abzulehnen, der ArbN brauche ungefragt in keinem Falle etwas für ihn Ungünstiges bekanntzugeben.<sup>2)</sup>

Eine akute Gefährdung der Rechtsgüter anderer besteht z.B. dann, wenn der ArbN eine gefährliche ansteckende Krankheit verschweigt.<sup>3)</sup> Für diesen Fall ist eine spontane Offenbarungspflicht auch für den sich bewerbenden ArbN allgemein anerkannt.<sup>4)</sup>

---

1) Nikisch, Lb. S. 160.

2) So ausdrücklich für die Schwerbeschädigung; Bleser, Die Anfechtung im Arbeitsrecht, S. 30; Frey, ArbuR 53, 168; LAG Heidelberg AP 1950 Nr. 242; für die Schwangerschaft: Hunn, ArbuR 54, 18; Endemann, RdA 58, 12; für Vorstrafen: Waechter, DB 50, 83; Butz, DB 55, 582; Prasse, ArbuR 57, 77; für Gesundheitsschäden: LAG Schleswig-Holstein, BB 69, 1354.

3) Vgl. LAG Bayern DB 51, 680, ein lungenkranker ArbN bewirbt sich um Anstellung in einem Lebensmittelgeschäft.

4) Staudinger-Weber, § 242 BGB Anm. A 849; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, S. 29; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfall, S. 14; Kempster, RdA 62, 309.

Eine spontane Offenbarungspflicht wird weiterhin in den Fällen bejaht, in denen der Bewerber auf Grund seines Zustandes erkennen kann, daß er für den vorgesehenen Arbeitsplatz völlig ungeeignet ist.<sup>1)</sup> Ramm<sup>2)</sup> führt dazu aus, daß schon die Bewerbung um einen bestimmten Arbeitsplatz incidenter die Behauptung des ArbNs enthalte, er könne die Mindestanforderungen der Arbeitsstelle erfüllen. Damit gebe der ArbN bereits aus der Tatsache der Bewerbung zu erkennen, daß er keine besonderen persönlichen Eigenschaften besitzt, die ihn an der Arbeitsaufnahme oder der Ausübung der Tätigkeit zu hindern vermögen. Dem kann entgegengehalten werden, daß das Recht auf freie Berufswahl keine derartige Einschränkung enthält. Der ArbN kann sich vielmehr um jede freie Stelle bewerben und ist dabei nicht an irgendwelche Voraussetzungen gebunden. Das Recht auf freie Berufswahl kann nicht durch eine einseitige Auslegung des Bewerbungsvorganges beschränkt werden, denn die Annahme, daß der ArbN den Anforderungen des Arbeitsplatzes gewachsen ist, stellt oft eine Fiktion dar.

In der Literatur wird vielfach ohne nähere Begründung dargelegt, daß dem ArbG die Einstellung eines völlig ungeeigneten ArbNs nicht zugemutet werden könne.<sup>3)</sup> Eine derartige Beurteilung setzt jedoch eine sorgfältige Interessenabwägung voraus.

Nach der schon im Stadium der Vertragsverhandlungen bestehenden Treupflicht hat der künftige ArbN die Interessen des künftigen ArbGs zu beachten. Daraus könnte sich das Gebot an den ArbN ergeben, alle persönlichen Eigenschaften zu offenbaren, die ihn für die zu besetzende Stelle unge-

---

1) Staudinger-Weber, § 611 BGB Anm. 92, 93; Bleser, Anfechtung, S. 25.

2) Anfechtung, S. 68

3) Z.B. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, S. 814; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 143, 144.

eignet erscheinen lassen. Die Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen umfaßt jedoch nicht die Gesamtheit der Erwartungen, die in die Fähigkeiten des ArbNs gesetzt werden. Es ist primär Aufgabe des ArbGs, die Voraussetzungen für eine ausgewogene Einstellungsentscheidung zu erkunden. Daraus folgt, daß der ArbN nur zur Rücksichtnahme auf die Interessen des ArbGs verpflichtet ist, die ein Mindestmaß der betrieblichen Einstellungsanforderungen erkennen lassen. Hierzu gehört die Bereitschaft, die Arbeitsstelle anzutreten und die Gewißheit, die zu übernehmende Arbeit in etwa bewältigen zu können. Die spontane Offenbarungspflicht beschränkt sich daher auf solche persönlichen Eigenschaften, die den Bewerber hindern, der künftigen Aufgabe nachzukommen. So ist z.B. bei der Bewerbung um die Stelle einer Stenotypistin eine Sehnenscheidenentzündung anzugeben.<sup>1)</sup> In diesen Fällen hat das Geheimhaltungsinteresse des ArbNs zurückzutreten, weil andernfalls sein Verhalten dem Vertrauensverhältnis zwischen ArbG und ArbN widersprechen würde.

#### b. Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der rechtlichen Wertung des Fragerechts des ArbGs

Um den angestrebten Arbeitsplatz zu erhalten, muß der ArbN die vom ArbG festgesetzten Anforderungen erfüllen. Da der Bewerber aber die für den ArbG wesentlichen Kriterien oftmals nicht kennt und auch nicht kennen muß, wird ihm erst durch das ausdrückliche Befragen des ArbGs erkennbar, worauf es dem Verhandlungspartner bei der Stellenvergabe ankommt. Daher kommt dem Fragerecht des ArbGs eine besondere Bedeutung zu.

---

1) LAG Düsseldorf BB 61, 975.

2) Endemann, BB 53, 267; Brill, ArbuR 68, 137.

Das Fragerecht des ArbGs folgt aus der in Art. 2 Abs. 1 garantierten Vertragsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich. Dem ArbG bleibt es überlassen, ob er mit einem bestimmten ArbN einen Arbeitsvertrag abschließen will oder nicht. Er hat daher die Möglichkeit, den Abschluß des Arbeitsvertrages von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, insbesondere von der Beantwortung der gestellten Fragen. Es ist ihm auch freigestellt, ob er die für seine Einstellungsentscheidung bzw. für die Personalunterlagen erforderlichen Auskünfte vom ArbN in der Form eines Personalfragebogens oder durch mündliches Befragen einholt.<sup>1)</sup>

Der ArbG kann sein Fragerecht allerdings nicht schrankenlos ausüben, weil er die verfassungs- und privatrechtlichen Normen zum Schutze des ArbNs beachten muß. Wird dem ArbG jedoch in bestimmten Fällen ein Fragerecht zugestanden, so wird damit gleichzeitig ausgedrückt, daß die Rechtsordnung das Interesse des ArbNs am Verschweigen der erfragten Umstände für nicht schutzwürdig erachtet. Demnach liegt eine wechselseitige Beziehung zwischen dem Fragerecht und der Offenbarungspflicht vor; das Bestehen der Offenbarungspflicht ist von der rechtlichen Wertung der Fragen des ArbGs abhängig. Nur einer rechtlich zulässigen Frage des ArbGs entspricht eine Rechtspflicht des ArbNs zur wahrheitsgemäßen Beantwortung.

ba. Die Offenbarungspflicht bei Fragen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht des ArbNs berühren

Ein wirksamer Schutz des Persönlichkeitsrechts des ArbNs erfordert eine Begrenzung des Fragerechts des ArbGs, wenn bereits durch die Frage als solche in die geschützten Rechtsgüter des ArbNs eingegriffen werden kann. Dem könnte entgegengehalten werden, daß nicht schon die Frage an sich die Geheimnissphäre verletzt, sondern erst deren Be-

---

1) BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; Hueck-Nipperdey, Lb. Bd. I, S. 194; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 189.

antwortung den Intimbereich des ArbNs offenlegt. Andererseits ist manche Frage des ArbGs, wie z.B. die nach Geschlechtskrankheiten oder nach Fehlgeburten, ohne weiteres als verletzend zu bewerten. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der ArbG auf seine Fragen eine wahrheitsgemäße Antwort erwartet<sup>1)</sup> und eine Auskunftsverweigerung in der Regel zu Ungunsten des ArbNs auslegen wird. Will der Bewerber den Fragenden nicht belügen oder seine Einstellung von vornherein in Frage stellen, so ist er zu einer Beantwortung gezwungen. Demnach hängt nicht erst die Antwort des ArbNs, sondern schon die Zulässigkeit der Frage des ArbGs davon ab, ob sie die rechtlich geschützte Individualsphäre des ArbNs verletzt.<sup>2)</sup>

- 1) Der Versuch, das Fragerecht des ArbGs durch ein Recht des ArbNs auf Arbeit zu beschränken.

Eine Einschränkung des Fragerechts des ArbGs - und damit eine Beschränkung der Offenbarungspflicht des ArbNs - wird in der neueren Literatur<sup>3)</sup> mit dem Recht des ArbNs auf Arbeit begründet.

- 
- 1) Fast jeder Personalfragebogen enthält folgende oder eine ähnliche Auflösungsklausel: "Die von mir gemachten Angaben sind vollständig und entsprechen der Wahrheit. Es ist mir bekannt, daß unwahre Angaben oder das Verschweigen wesentlicher Tatsachen ein Grund zur fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses sind."
  - 2) Nikisch, Bd. I, S. 189; Schröder, Juristen-Jahrbuch, Bd. VI, S. 181; Neumann-Duesberg, JZ 62, 204 ff.; ders., JR 67, 1; Brill, ArbuR 68, 136; Schwenk, NJW 68, 823; Gumpert, Anm. BB 70, 804; Falkenberg, BB 70, 1014; Schlessmann, Das Rechtshandbuch der Personalleitung, S. 89; BAG JZ 58, 513; LAG Düsseldorf SAE 59 Nr. 48; LAG Hamm, BB 69, 797; ArbG Kaiserslautern, ARStw 71, 71; a.A. Leipold, ArbuR 71, 163; Wiese, ZfA 71, 300.
  - 3) Leipold, ArbuR 71, 161 ff., vgl. auch Dirschmied, ArbuR 72, 257 ff.; Hambusch, ArbuR 72, 268 ff.

Rechtsnatur und möglicher Inhalt eines derartigen Rechts sind jedoch nicht eindeutig geklärt. Im Grundgesetz ist das Recht auf Arbeit nicht erwähnt. Art. 166 Abs. 2 Bayerische Verfassung bestimmt dagegen, daß jedermann das Recht hat, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen. Sowohl der BayVerfGH<sup>1)</sup> als auch das LAG Bayern<sup>2)</sup> haben in ihren Entscheidungen zu diesem Verfassungsartikel das Bestehen eines Rechts auf Arbeit als klagbares Grundrecht abgelehnt. Unter Hinweis auf Art. 163 Abs. 2 WeimRV wird ausgeführt, daß Art. 166 Abs. 2 BayVerf nur einen Programmsatz darstelle, der wegen der Garantie der Wirtschaftsfreiheit kein subjektiv-öffentliches Recht auf Arbeit beinhalte. Diese Auffassung wird von der Lehre geteilt.<sup>3)</sup> Weiterhin wird darauf verwiesen, daß schon das Sozialstaatsprinzip den Staat und die Gesellschaft zur aktiven Vollbeschäftigungspolitik verpflichte.<sup>4)</sup>

Nach Leipold<sup>5)</sup> ist das Recht auf Arbeit im zivilrechtlichen Bereich als besonderes Persönlichkeitsrecht zu bewerten. Es sei lediglich ein Teilausschnitt aus dem Recht des ArbNs, seine Persönlichkeit zu entfalten, um sich durch diese Entfaltung seine Lebensgrundlage zu verschaffen. Dieses Recht auf Arbeit sei erforderlich, um die Abschlußfreiheit des ArbGs zu begrenzen. Für die Einstellungsentscheidung des ArbGs sollen nur sachbezogene Gesichtspunkte (Eignung, Befähigung) herangezogen und nur nach diesen gefragt werden dürfen. Einen Anspruch auf Einstellung gewähre das Recht auf Arbeit dagegen nicht, weil dem ArbG ein Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der sachlichen Kriterien zuzubilligen sei.

---

1) AP Nr. 2 zu Art. 166 BayVerf.

2) LAG Bayern vom 17.2.1954.

3) von Mangoldt-Klein, a.a.O., Art. 12 Anm. II 3b; Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 1, S. 155, 251; Leipold, ArbuR 71, 165.

4) Vgl. Hambusch, ArbuR 72, 271 unter Hinweis auf das Stabilitätsgesetz.

5) ArbuR 71, 165 ff.

Abgesehen von der dogmatischen Schwierigkeit, ein Recht auf Arbeit mit der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit in Einklang zu bringen, fragt es sich, ob ein derartiges Recht inhaltlich geeignet ist, das Fragerecht des ArbGs konkret einzuschränken. Welche Kriterien sachbezogen sind und welchen Umfang der Beurteilungsspielraum des ArbGs haben soll, ist dem Recht auf Arbeit nicht zu entnehmen. Hierzu wird auf die bisher von Rspr. und Lehre aufgrund gesetzlicher Bestimmungen entwickelten Grundsätze zurückgegriffen.<sup>1)</sup> Es ist daher zu prüfen, ob nicht schon die Normen des positiven Rechts den ArbN vor unzulässigen Fragen und willkürlichen Entscheidungen des ArbGs ausreichend schützen.

2) Beschränkung des Fragerechts des ArbGs durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des ArbNs

Die Rspr. hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht dahingehend präzisiert, daß sowohl die Individualsphäre - die persönliche Eigenart des Einzelnen in seiner Beziehung zur Umwelt - als auch die Privatsphäre und die Intimsphäre des ArbNs durch Art. 1, 2 Abs. 1 GG, § 823 BGB absolut geschützt sind.<sup>2)</sup> Zu den Fragen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht berühren, gehören vornehmlich Fragen nach Vorstrafen, Gesundheitszustand und nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft. Wegen ihrer großen Bedeutung in der arbeitsrechtlichen Praxis erfolgt eine gesonderte Untersuchung im zweiten Hauptteil. Darüber hinaus ist der ArbG an weiteren Auskünften des ArbNs interessiert, wie z.B. an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen, seinem Vorleben, seinen politischen und religiösen Anschauungen, seiner Wohnsituation, seiner Freizeitgestaltung und Hobbys. Weil nicht jede nur denkbare Frage einzeln aufgeführt werden

---

1) Leipold, ArbUR 71, 166.

2) OLG Hamburg, NJW 67, 2314 ff.

kann, soll im Folgenden geprüft werden, inwieweit die Offenbarungspflicht durch das Persönlichkeitsrecht des ArbNs generell eingeschränkt wird.

a) Dem aus der Vertragsfreiheit abgeleiteten Fragerecht des ArbGs steht das ebenfalls auf Art. 2 Abs. 1 GG beruhende Recht des ArbNs auf Achtung seiner individuellen Persönlichkeit gegenüber. So kann sich der ArbG bei seinen Fragen auf ein Grundrecht berufen, während der ArbN einwenden kann, durch das Auskunftsbegehren in seinem verfassungs- und privatrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht verletzt zu sein. Der grundrechtliche Schutz der Individualsphäre und das Recht des ArbNs, persönliche Eigenschaften nicht offenbaren zu müssen, "gelten im Arbeitsrecht jedoch nicht unbegrenzt. Es ist schon ausgeführt, daß die Vertragsfreiheit des ArbGs bedeutungslos würde, billigte man ihm nicht das Recht zu, erhebliche sachlich gerechtfertigte und betrieblich erforderliche Interessen wahrzunehmen. Dem ArbG ist es also erlaubt, solche Fragen zu stellen, die für das Arbeitsverhältnis wesentlich sind, auch wenn dabei die Randbereiche der einzelnen Persönlichkeitsrechte des ArbNs berührt werden.<sup>1)</sup> Um beispielsweise die fachliche Qualifikation des Bewerbers beurteilen zu können, kann der ArbG unbeschränkt nach der Schulbildung, praktisch-beruflichen Ausbildung (Lehrzeit, Praktikum), berufliche Weiterbildung (Fachkurse) und Spezialkenntnisse (Fremdsprachen) fragen.

Bei der persönlichen Bewertung muß jedoch die geschützte Individualsphäre des ArbNs berücksichtigt werden, "weil die personenrechtliche Bindung des ArbNs nicht zu der Annahme verleiten darf, er sei mit allen Fasern seines Ichs dem Betrieb zugeordnet".<sup>2)</sup> Der ArbN ist daher nicht ver-

---

1) H.M. vgl. BAG BB 58, 23; Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 172.

2) Großmann, ArbU 69, 101.

pflichtet, durch seine Aussagen eine bis ins Einzelne gehende Persönlichkeitsbeurteilung zu ermöglichen. Eine Offenbarungspflicht besteht nur für solche persönlichen Merkmale, die sich in irgendeiner Form bei der Ausführung der angestrebten Tätigkeit auswirken, bei denen also ein direkter sachlicher Bezug zur erstrebten Arbeit erkennbar ist. Nun wird sich kein umfassender Katalog aufstellen lassen, welche subjektiven Voraussetzungen der Bewerber für die einzelnen Tätigkeiten erbringen muß. Die Entscheidung darüber, ob der ArbN im Einzelfall die erforderlichen Arbeitseigenschaften besitzt, bleibt vielmehr dem ArbG vorbehalten. Es lassen sich jedoch generell gewisse Bezugsgrößen für eine persönliche Bewertung des ArbNs anführen. Nach Schmid<sup>1)</sup> können dabei nur solche persönlichen Merkmale anerkannt werden, die für die zu erbringende Leistung erforderlich sind und die für die Beurteilung

- 1) der Arbeitsleistung,
- 2) des Arbeitsverhaltens und
- 3) des Arbeitscharakters in Betracht kommen.

Zu 1) Um die Art und Weise der Arbeitsausführung beurteilen zu können, muß sich der ArbG über die Körperbeschaffenheit des Bewerbers informieren. Als Beurteilungskriterien werden z.B. allgemein für zulässig erachtet: Körper-tüchtigkeit, Körperbeherrschung, allgemeine körperliche und geistige Beanspruchbarkeit usw. Die Anforderungen an den Gesundheitszustand sind allerdings je nach Art der Tätigkeit (schwere körperliche Arbeit, leichte Bürotätigkeit) verschieden, so daß der ArbG bei seinen Fragen differenzieren muß.<sup>2)</sup>

---

1) BB 70, 351 ff.; ähnlich Dederling, Personalplanung und Mitbestimmung, S. 89 ff.; Degelmann, Organisationsleiterhandbuch, S. 248 ff.; Schlessmann, a.a.O., S. 83 ff.; Erdmann-Jürging-Kammann, Komm. zum BetrVerfG, § 95 Anm. IV, S. 712; Wibbe, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 65, 571 ff.; Seeli, Die persönliche Bewertung, S. 21 ff.

2) Vgl. dazu zweiter Hauptteil, II.

Zu 2) Um das Verhalten des Bewerbers am späteren Arbeitsplatz abschätzen zu können, hat der ArbG ein berechtigtes Interesse daran, das Verhalten des ArbNs zu Vorgesetzten, Gleichgestellten und Untergebenen in Erfahrung zu bringen. Dafür sind Kriterien wie Anpassungs- und Einordnungsbereitschaft, Umgangsformen, Auftreten u.a.m. maßgebend. Eine sichere Beurteilung des Verhaltens setzt allerdings eine Probezeit des ArbNs voraus. Nur dann läßt sich objektiv feststellen, ob der ArbN z.B. Anweisungen willig entgegennimmt und korrekt ausführt. Fragen nach außerbetrieblichen Vorgängen lassen keinen eindeutigen Schluß auf das Verhalten des ArbNs im Betrieb zu, so daß der ArbG bei seiner Beurteilung für die Einstellungsentscheidung weitgehend auf das Arbeitszeugnis des früheren ArbGs angewiesen ist.

Zu 3) Bei der Beurteilung des Arbeitscharakters können beispielsweise folgende Merkmale herangezogen werden: Entscheidungsfreude, Fleiß, Selbstvertrauen, Verhandlungsgeschick, Gewissenhaftigkeit, Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewußtsein. Gerade bei den letztgenannten Merkmalen ist jedoch zu beachten, daß nur die die Arbeitsleistung unmittelbar bestimmenden Eigenschaften berücksichtigt werden dürfen. Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewußtsein des ArbNs sind daher nicht allgemein, sondern nur in dem Umfang zu bewerten, den die konkrete Arbeitsstelle erfordert. Der sachbezogene Zusammenhang zwischen den Beurteilungskriterien und dem Arbeitsplatz muß außerdem objektiv erkennbar sein. Nur so kann überprüft werden, ob der ArbG nicht unzulässigerweise in die Persönlichkeitsphäre des ArbNs eindringt. Fragen nach den Wohnverhältnissen, der Freizeitgestaltung (Sportverein, Sportart), besonderen Interessen (Liehabereien) und nach dem Beruf des Ehegatten<sup>1)</sup> lassen z.B. keinen sachlichen Bezug zur

---

1) Diese Fragen empfiehlt Goosens, Handbuch der Personalleitung, Bd. I, S. 189 ff.

Tätigkeit erkennen; ein berechtigtes Interesse des ArbGs an deren Beantwortung liegt demnach nicht vor. In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird weiterhin darauf hingewiesen, daß Leistung und Leistungspersönlichkeit nicht gleichgesetzt werden können.<sup>1)</sup> Maßstäbe wie z.B. Kameradschaftlichkeit und Persönlichkeitsniveau sind unsicher und subjektiven Urteilseinflüssen ausgesetzt. Weil die Beurteilung daher primär an den erbrachten Leistungen erfolgen soll, beschränkt sich die Pflicht des ArbNs zur Offenbarung seiner persönlichen Eigenschaften auf die Angabe solcher Merkmale, die für die Bewertung eines arbeitsplatzbezogenen Leistungsbildes erforderlich sind.<sup>2)</sup>

b) Ein berechtigtes Interesse an der Offenbarungspflicht kann auch dann nicht mehr anerkannt werden, wenn der ArbG die erforderliche Rücksichtnahme bei seiner Fragestellung vermissen läßt und schon dadurch das Persönlichkeitsrecht des ArbNs mißachtet. Die Verpflichtung zur Rücksichtnahme gebietet dem ArbG, sein Fragerecht in angemessener Form auszuüben!<sup>3)</sup> So ist es nicht zulässig, eine mögliche Schwangerschaft einer ArbNin dadurch in Erfahrung zu bringen, daß nach Geschlechtsverkehr<sup>4)</sup>, nach dem Datum der letzten Regel<sup>5)</sup> oder nach Beschwerden beim monatlichen Zyklus gefragt wird.<sup>6)</sup>

---

1) Z.B. Wibbe, a.a.O., S. 575; Seeli, a.a.O., S. 22; Goosens, a.a.O., S. 200.

2) H.M. vgl. Gaul, Die Arbeitsbewertung und ihre rechtliche Bedeutung, S. 375 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) BAG NJW 62, 74.

4) LAG Bremen, BB 60, 743.

5) LAG Düsseldorf, 3 Sa 307, 71.

6) Vgl. die Aufzählung des Deutschen Gewerkschaftsbundes, ArbuR 67, 150; Häbeler-Kehrmann, BlSteuSozuArbR 67, 44.

c) Aus diesen Gründen ist es dem ArbG nach Art. 1, 2 Abs. 1 GG, § 823 BGB immer untersagt, sich durch eine Vielzahl von Fragen genauen Einblick in die persönlichen Verhältnisse des ArbNs zu verschaffen.<sup>1)</sup> Die Unantastbarkeit der Menschenwürde verbietet weiterhin die Anwendung von Lügendetektoren.<sup>2)</sup> Auch die Erforschung des Charakters des ArbNs durch umfangreiche psychologische Untersuchungen bedeutet einen tiefgreifenden Eingriff in den innersten menschlichen Lebensbereich und stellt ohne ausdrückliche Zustimmung des ArbNs einen unzulässigen Einbruch in den Kern des Persönlichkeitsrechts dar.<sup>3)</sup> Diese Art der Ausforschung gibt dem ArbG einen umfangreichen Einblick in die Persönlichkeitsstruktur des ArbNs und kann daher als Umgehung unzulässiger Fragen an den ArbN gewertet werden.<sup>4)</sup>

### (3) Beschränkung des Fragerechts des ArbGs durch weitere Normen

Eine weitere Beschränkung des Fragerechts des ArbGs ergibt sich aus den Rechtsvorschriften der Art. 3, 4, 6 Abs. 1 und 5 und Art. 9 Abs. 3 GG. Da diese Grundrechtsnormen absolut gelten, verpflichten sie den ArbG zu ihrer Beachtung bei der Ausübung des Fragerechts. Die Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 2 und 3 schränken die Kriterien des ArbGs bei der Einstellung des ArbNs schon kraft Gesetzes ein, so daß der Zweck des Unternehmens nur in Ausnahmefällen - Tendenzbetriebe - eine Differenzierung nach derartigen Gesichtspunkten rechtfertigt.

---

1) BVerwG vom 30.9.1955 (bei Schwenk, NJW 68, 823).

2) Daß der Lügendetektor für strafprozessuale Zwecke nicht verwendet werden darf, ist bereits entschieden, BGHSt 5, 332.

3) Werthebach, a.a.O., S. 152; Wertenbruch, Anm. zu AP Nr. 1 zu Art. 1 GG.

4) Schmid, NJW 72, 1865.

Die Beachtung dieser Grundsätze wird durch das Betriebsverfassungsgesetz sichergestellt. Nach §§ 94, 95 BetrVerfG bedürfen Personalfragebogen sowie Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen und Umgruppierungen der Zustimmung des Betriebsrats. Dabei sind die Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen nach § 75 BetrVerfG zu berücksichtigen, wonach jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts zu unterbleiben hat.

bb) Die Offenbarungspflicht des ArbNs bei Fragen, die das Persönlichkeitsrecht des ArbNs nicht berühren

Weiterhin ist zu erörtern, ob auch die Fragen des ArbGs, die nicht die Intimsphäre des ArbNs berühren, einer Beschränkung unterliegen.

Aus dem Vertrauensverhältnis zwischen ArbG und ArbN im Stadium der Vertragsverhandlungen ergibt sich die Fürsorgepflicht des Unternehmers zur erhöhten Rücksichtnahme auf die Interessen des ArbNs. Zu diesen Interessen gehört der Wunsch, nicht ohne Grund über solche Umstände befragt zu werden, die nur die Neugier des ArbGs befriedigen sollen. Demnach sind auch die Fragen, die nicht unmittelbar den höchstpersönlichen Bereich des ArbNs betreffen, danach zu beurteilen, ob sie für das angestrebte Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind. Weil jedoch das Recht des ArbNs, persönliche Umstände nicht offenbaren zu müssen, auf die Intim- und engere Privatsphäre begrenzt ist, können bei der Beurteilung anderer Fragen dem ArbG nur geringe Beschränkungen auferlegt werden. Für sein Auskunftsverlangen genügt jedes rechtlich oder wirtschaftlich vertretbares Interesse. Ob der Bewerber z.B. der Wehrpflicht unterliegt und seinen

Wehrdienst abgeleistet hat, ist im Hinblick auf die Beschränkungen durch das Arbeitsplatzschutzgesetz von Bedeutung. Damit die in der Arbeitszeitordnung festgelegte Arbeitszeit nicht überschritten wird, hat der ArbG ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von Nebentätigkeiten des ArbNs.<sup>1)</sup> Nach der "Wegzeit zum Betrieb" und der Benutzung eines Verkehrsmittels kann der ArbG fragen, um feststellen zu können, ob Trennungsentschädigung oder Ausfallvergütung zu zahlen ist.

#### 4. Die Bedeutung der Arbeitsstelle und der Vertragsdauer für den Umfang der Offenbarungspflicht

Der Umfang des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses und damit auch das Maß der Treuepflicht wird entscheidend durch die Anforderungen des zukünftigen Arbeitsplatzes geprägt. Ramm<sup>2)</sup> unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen "der typisierten, mechanisierten Arbeitsleistung", die als "entpersönlichte" Arbeit von jeder Bindung an den ArbN als den besonderen Einzelnen gelöst ist, und der persönlichkeitsgebundenen Arbeit, der die Persönlichkeit des ArbNs ihre mehr oder minder charakteristische Prägung verleiht. Daraus folgt, daß die betriebliche Interessen des ArbGs dann eine besondere Zuverlässigkeit des ArbGs erfordern, wenn die angestrebte Arbeit selbständige rechtlich oder tatsächliche Entscheidungen und größere Verantwortung erfordert. In der Regel sind daher die Anforderungen des ArbGs an den Stellenbewerber um so strenger, je höher und verantwortungsbewußter die Stellung des ArbNs im Betrieb sein soll.<sup>3)</sup>

---

1) Anfechtung, S. 48.

2) LAG Baden-Württemberg, BB 69, 1135.

3) Staudinger-Nipperdey, § 611 BGB Anm. 93; Neumann, DB 61, 1291, 1292; Ramm, Anfechtung, S. 68; BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

Um eine vertrauensvolle Zusammenarbeit im Betrieb zu gewährleisten, ist in diesen Fällen ein erweitertes Fragerecht des ArbGs anzuerkennen und dementsprechend dem ArbN eine umfangreichere Offenbarungspflicht zuzumuten.

Weiterhin wird der Umfang der Offenbarungspflicht durch die Vertragsdauer bestimmt. Bei einer kurzzeitigen Beschäftigung sind die Bindungen zwischen ArbG und ArbN weit weniger intensiv als bei zeitlich unbegrenzten Arbeitsverhältnissen. Deshalb beschränkt sich die Offenbarungspflicht des Bewerbers bei befristeten Verträgen auf solche Fragen, die für die Beurteilung eines Bewerbers um einen kurzzeitigen Arbeitsvertrag erforderlich sind. Nicht erforderlich sind z.B. Angaben über den Einberufungsbescheid zum Wehrdienst oder zur Wehrübung, wenn der Dienstantritt erst nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses erfolgen muß.

#### 5. Das Recht des ArbNs zur "Lüge"

Wenn auch unbestritten ist, daß bei einer unzulässigen Frage des ArbGs für den ArbN keine Offenbarungspflicht besteht, so ist doch nicht eindeutig geklärt, wie sich der ArbN bei derartigen Fragen verhalten soll.

Aus der Entscheidung des BAG<sup>1)</sup>, daß die unwahre Beantwortung einer unzulässigen Frage weder Arglist im Sinne des § 123 BGB ist, noch einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 BGB, noch einen Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung im Sinne des § 1 KSchG darstellt, hat ein Teil der Rspr. und Lehre für den ArbN ein Recht zur Lüge abgeleitet.<sup>2)</sup>

•

---

1) AP Nr. 2 und Nr. 15 zu § 123 BGB.

2) LAG Düsseldorf SAE 59, Nr. 48; Häßler-Kehrmann, BL SteuSozuArbR 67, 46; Gumpert, Anm. zu BAG BB 70, 804; Falkenberg, BB 70, 1014.

Die gegenteilige Meinung lehnt ein Recht zur Lüge ab. Falls der Bewerber auf eine unzulässige Frage unwahr geantwortet habe, sei es ausreichend, die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den ArbG auszuschließen.<sup>1)</sup>

Eine Berechtigung, unzulässige Fragen unrichtig zu beantworten, ergibt sich jedoch aus dem Notwehrrecht, § 227 BGB.<sup>2)</sup> Ein rechtswidriger Angriff liegt vor, weil unzulässige Fragen des ArbGs einen unberechtigten Eingriff in die rechtlich geschützte Individualsphäre des ArbNs darstellt.<sup>3)</sup> Den ArbN in diesen Fällen auf sein Recht zu verweisen, die Auskunft zu verweigern<sup>4)</sup>, reicht nicht aus. Gibt der ArbN auf eine unzulässige Frage keine Antwort, so wird der ArbG daraus schließen, daß der ArbN etwas zu verbergen hat. Der ArbN muß dann mit großer Wahrscheinlichkeit damit rechnen, daß er die erstrebte Stellung nicht erhält. Beantwortet er die Frage wahrheitsgemäß, so erhält er die gewünschte Stellung möglicherweise ebenfalls nicht, weil seine Angaben für eine ablehnende Entscheidung des ArbGs ausschlaggebend sein können. Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des ArbNs durch unzulässige Fragen hat demnach auch die Verminderung der Einstellungschance zur Folge. Gegen diese Benachteiligung kann sich der ArbN nur dadurch wirksam schützen, daß er unzulässige Fragen des ArbGs unrichtig beantworten darf.

---

1) LAG Bremen BB 60, 743; Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; Gangloff, Anm. zu LAG Düsseldorf SAE 59 Nr. 48; Haberkorn, RdA 62, 406; Bleistein, BlSteuSoz-uArbR 69, 173.

2) Neumann-Duesberg, JR 67, 1.

3) Vgl. Anm. 2 (S. 59) und zusätzlich Bulla, Komm. zum MuSchG, § 5 Anm. 16 b, 17; Kempter, RdA 62, 309; Windolph, DB 66, 581; Schmid, BB 69, 631.

4) So Herschel, RdA 65, 193.

## Zweiter Hauptteil

### Einzelne Offenbarungspflichten

#### I Vorstrafen des Arbeitnehmers

##### 1. Die Pflicht des ArbNs, bei der Stellenbewerbung Vorstrafen zu offenbaren

###### a) Die unterschiedlichen Interessen von ArbG und ArbN an der Bekanntgabe von Vorstrafen

Bei den Einstellungsverhandlungen versucht der ArbG, sich ein Bild von der Persönlichkeit des ArbNs zu machen. Vorstrafen lassen Rückschlüsse auf die charakterlichen Eigenschaften des Bewerbers zu und können daher großen Einfluß auf die Einstellungsentscheidung des ArbGs haben. Vielfach wird der ArbG überhaupt keinen vorbestraften ArbN einstellen wollen, weil er Auswirkungen des "gesellschaftlichen Unwerturteils"<sup>1)</sup> gegenüber dem Vorbestraften befürchtet. Daher versucht der ArbG, jeder nur denkbaren Beeinträchtigung des Ansehens und des guten Rufes seines Betriebes vorzubeugen. Das berechnete Interesse, das Vertrauen der Kunden zu erhalten, zwingt den ArbG zur Rücksichtnahme auf die öffentliche Meinung, die dem Vorbestraften mit Mißtrauen begegnet.<sup>2)</sup> Weiterhin muß der ArbG das Arbeitsklima in seinem Unternehmen berücksichtigen, weil etwaige Vorurteile der Belegschaft gegenüber dem Straffentlassenen die Zusammenarbeit unter den Kollegen ungünstig beeinflussen können.

---

1) Käuffer, a.a.O., S. 43; Endemann, BB 53, 266.

2) Vgl. Großmann, ArbUR 69, 58 ff. mit weiteren Nachweisen.

Aber auch wenn ein ArbG gewillt ist, Vorbestrafte einzustellen, erleichtert die Kenntnis von den Verfehlungen des Bewerbers die Entscheidung, für welchen Arbeitsplatz und welche Tätigkeit der ArbN geeignet erscheint. Im wesentlichen hängt dies von der Art der Verfehlung ab, die der Straftentlassene begangen hat. Die Vorbehalte des ArbGs gegenüber dem Vorbestraften resultieren aus der hohen Rückfallgefahr<sup>1)</sup>, und daher wird der ArbG sich bemühen, das

- 
- 1) Bei Jung (Kriminologische Untersuchungen an Vermögensverbrechern, Kriminologische Studien, Bd. 3, Göttingen 1970) sind 200 Vermögensverbrecher, die wegen dieser Taten Zuchthausstrafe verbüßt haben, hinsichtlich ihrer Rückfälligkeit untersucht worden. Diese Probanden wurden in der Zeit von Januar 1957 bis September 1959 entlassen. Bis zum 1.9.1966 sind 159 Pu = 79,5 % rückfällig geworden, von diesen sind allerdings 15 % = 30 Pu als Bagatellrückfällige zu werten. Bagatellrückfällige sind solche Probanden, die nicht einschlägig rückfällig geworden sind. Sie haben kein Vermögensdelikt begangen; ihr Verstoß gegen die Rechtsordnung läßt keine intensive kriminelle Betätigung erkennen. Dabei richteten sie keinen oder nur geringen Schaden an und erhielten in der Regel eine Geldstrafe, höchstens eine Freiheitsstrafe von insgesamt 6 bis 10 Wochen (S. 12). Überhaupt nicht rückfällig wurden 20,5 % der untersuchten Vorbestraften.

Schwaab (Die soziale Prognose bei rückfälligen Vermögensverbrechern, Leipzig 1939, Kriminalistische Abhandlungen, Heft 43, S. 23) kam in seiner Untersuchung zu einem Nichtrückfälligkeitssatz von 31 %, zu denen er jedoch auch die Probanden zählte, die während der Beobachtungszeit gegen Übertretungsvorschriften verstoßen hatten.

Bei Schachert (Kriminologische Untersuchungen an entlassenen Sicherungsverwahrten, Jur. Diss., Göttingen 1963) waren 51,5 % der Sicherungsverwahrten straffrei geblieben, 45,7 % waren rückfällig geworden. Er berücksichtigte für die Rückfälligkeit nur Strafen wegen eines Verbrechens oder Vergehens, unabhängig von der Schwere der Taten; Übertretungen und Verstöße gegen Nebengesetze wurden nicht erfaßt.

Bei den Arbeiten über junge Straffällige ergaben sich Rückfallwerte von 58 bis 71 % (Zusammenstellung bei Jung, S. 18).

In Bayern wurden 1968 insgesamt 54 804 Verurteilungen ausgesprochen, von denen 26 799 bereits früher Verurteilte betrafen; 9 712 Vorbestrafte waren mehr als viermal verurteilt (Statistisches Jahrbuch für Bayern 1969, S. 99).

mit einem Rückfall verbundene Risiko schon bei der Einstellung möglichst klein zu halten. Oftmals wird betont, daß die Bekanntgabe der Vorstrafen dem Interesse des ArbNs nicht widerspricht. Der Verurteilte darf nicht erneut auf dem Gebiet, auf dem er gestraucht ist, in Versuchung geführt und dadurch einer Gefahr für sich selbst und für Außenstehende ausgesetzt werden.<sup>1)</sup> Bei ArbNn, die wegen Vermögensdelikten verurteilt sind, kann z.B. eine Gefährdung des Vermögens des ArbGs, der Mitarbeiter oder Kunden dadurch eingeschränkt werden, daß der ArbN nur innerhalb des Betriebes oder nur unter Aufsicht oder an einer andersgerichteten Arbeitsstelle beschäftigt wird.

Gegen die Offenlegung der Vorstrafen durch den ArbN kann eingewandt werden, daß sie häufig den Abschluß eines Arbeitsvertrages verhindern, weil der ArbG nicht das "Resozialisierungsrisiko"<sup>2)</sup> eines vorbestraften Bewerbers tragen will. Er wird daher bei der Einstellung in der Regel Bewerbern mit straffreiem Vorleben den Vorzug geben. Mit der Verurteilung und der Verbüßung der Strafe hat der Täter jedoch seinen Verstoß gegen die Rechtsordnung gesühnt<sup>3)</sup>; die Offenbarung von Strafen führt zu einer Benachteiligung im Berufsleben und stellt eine zusätzliche Bestrafung dar. Auch birgt die Offenbarung von Vorstrafen "die Gefahr allgemeinen Bekanntwerdens in sich"<sup>4)</sup>, so daß der ArbN unmittelbar der gesellschaftlichen Ächtung ausgesetzt wird. Unter diesen Umständen ist eine Wiedereingliederung des Verurteilten in die Gesellschaft nur noch erschwert möglich.

---

1) Windolph, DB 66, 580; Goosens, a.a.O., S. 198.

2) Helling, a.a.O., S. 42.

3) Großmann, ArbuR 69, 99, mit Hinweis auf den Regierungsentwurf zum neuen Strafgesetzbuch BT Drucksache IV / Nr. 650 vom 4.10.1962; vgl. auch Prasse, ArbuR 57, 76.

4) Großmann, a.a.O., S. 100. Zu berücksichtigen ist z.B., daß nach § 99 BetrVerfG eine Unterrichtungspflicht des ArbGs gegenüber dem Betriebsrat über die Person des eingestellten ArbNs besteht.

b) Begriff der Vorstrafe

Der Begriff der Vorstrafe ist dem Bundeszentralregister<sup>1)</sup> zu entnehmen. Nach § 51 Abs. 1 BZRG sind nur registerpflichtige Verurteilungen als Vorstrafe anzusehen, also solche, die nach § 3 Ziff. 1, § 4 und § 52 BZRG in das Register einzutragen sind. Demnach ist vorbestraft, wer wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung durch Urteil oder Strafbefehl eines deutschen oder ausländischen Gerichts rechtskräftig verurteilt worden ist, sofern die Straftat nach dem im Geltungsbereich des BZRG geltenden Recht ein Verbrechen oder Vergehen ist. Verurteilungen wegen Übertretungen gelten nur dann als Vorstrafen, wenn sie von einem deutschen Gericht ausgesprochen wurden und nach § 4 Abs. 2 BZRG nicht ausschließlich auf Geldstrafe lauten.

c) Die gesetzliche Regelung der Offenbarungspflicht bei Vorstrafen

Das BZRG hat erstmalig die Offenbarungspflicht bei Verurteilungen gesetzlich geregelt. Nach § 51 Abs. 1 BZRG darf sich der vorbestrafte Stellenbewerber gegenüber einem privaten ArbG als unbestraft bezeichnen - und braucht den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren - wenn die Verurteilung

1. nicht im Register einzutragen
2. nicht in das Führungszeugnis aufzunehmen oder
3. zu tilgen ist.

Weiterhin wird die Offenbarungspflicht des Stellenbewerbers dadurch begrenzt, daß Eintragungen in das Erziehungsregister nach § 59 Abs. 1 BZRG ebenfalls nicht mitgeteilt werden müssen.

---

1) Vom 18.11.1971, BGBl I, S. 243.

Vor dem Erlaß des BZRG war die Rechtslage nicht eindeutig geklärt. Vielfach wurde bestritten, daß der Inhalt des Strafregisters Einfluß auf die Offenbarungspflicht habe; die Bekanntgabe einer Verurteilung zu einer kurzzeitigen und daher im Strafregister nicht einzutragenden Freiheitsstrafe wurde von dem ArbN zumindest dann gefordert, wenn er sich unmittelbar nach der Bestrafung um einen Arbeitsplatz bewerbe.<sup>1)</sup> Der Wortlaut des § 51 Abs. 1 BZRG läßt jedoch keinen Zweifel daran, daß der Umfang der Offenbarungspflicht des vorbestraften ArbNs durch die gesetzliche Regelung weitgehend eingeschränkt ist; dem ArbG sind allenfalls nur solche Vorstrafen bekanntzugeben, die in das Führungszeugnis aufgenommen wurden.<sup>2)</sup>

#### ca) Die Bedeutung des Führungszeugnisses

Seit dem Inkrafttreten des Bundeszentralregistergesetzes werden die polizeilichen Führungszeugnisse durch registerliche Führungszeugnisse (§§ 28 bis 38 BZRG) ersetzt. Es wird jeder Person, die das 14. Lebensjahr vollendet hat, auf Antrag von der zuständigen Meldebehörde erteilt (§ 28 Abs. 1 und Abs. 2 BZRG). Das Führungszeugnis soll kein Werturteil fällen, sondern lediglich über die Bestrafung einer Person Auskunft geben, "es soll den ArbG davor schützen, bestraften Personen in Unkenntnis ihrer Vorstrafen Vertrauensposten zu übertragen, aber geringfügig bestraften Personen bei dem im allgemeinen gegen sie herrschenden, oft unbegründeten Vorurteil den Weg zu ehrlicher Arbeit nicht versperren".<sup>3)</sup>

---

1) Windolph, DB 66, 580.

2) A.A. Maurer, ArbuR 72, 10.

3) So Runderlaß des RMdI vom 27.7.42 RMBI IV, S. 1953 I Nr. 1; gleichlautend Bayer. Entschl. B I.

cb) Der Inhalt des Führungszeugnisses

(1) Beschränkung der in das Führungszeugnis einzutragenden Verurteilungen

Nach Götz<sup>1)</sup> wurde bei der Beratung des BZRG im zuständigen Ausschuß des Deutschen Bundestages eingehend erörtert, welche Strafen im Führungszeugnis aufzunehmen seien, d.h. welche Strafen dem ArbG im Interesse der Resozialisierung und in Wahrung der Persönlichkeitssphäre des Betroffenen unbekannt bleiben können und welche so schwerwiegend sind, daß sie trotz der Förderung der Resozialisierung bei der Entscheidung über eine Einstellung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Eine sorgfältige Abwägung der widersprechenden Interessen hat dazu geführt, daß nicht alle in das Zentralregister einzutragenden Verurteilungen auch in das Führungszeugnis aufzunehmen sind. Die Erleichterungen betreffen vor allem erstmalig Vorbestrafte, die zu einer kürzeren Freiheitsstrafe oder Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt worden sind, sowie vorbestrafte Jugendliche und Heranwachsende. Nicht aufgenommen werden u.a. Verurteilungen, durch die auf Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten erkannt worden ist, wenn das Register keine weitere Strafe enthält (§ 30 Abs. 2 Ziff. 5 BZRG), sowie Verurteilungen, durch die auf Jugendstrafe erkannt wurde (§ 30 Abs. 2 und 3 BZRG).

(2) Beschränkung der Eintragungen durch Fristablauf

Nach § 51 Abs. 1 Ziff. 2 i.V. § 31 BZRG kann sich der Vorbestrafte auch dann als unbestraft bezeichnen, wenn seine Verurteilung nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht mehr in das Führungszeugnis aufgenommen wird. Gemäß § 32 Abs. 1

---

1) BB 71, 13, 26.

Ziff. 1 BZRG werden Verurteilungen zu einer Geldstrafe, kurzfristigen Freiheitsstrafe und längeren Jugendstrafe nach drei Jahren nicht mehr im Führungszeugnis vermerkt. Mit Ausnahme der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 31 Abs. 2 Ziff. 1) werden die Verurteilungen in den übrigen Fällen nach Ablauf von fünf Jahren nicht mehr in das Führungszeugnis eingetragen (§ 32 Abs. 1 Ziff. 2 BZRG). Durch diese Regelung soll die Resozialisierung für diejenigen erleichtert werden, die sich über einen längeren Zeitraum untadelig geführt haben. Bei mehrfach rechtskräftiger Verurteilung wird diese Erleichterung dem Vorbestraften jedoch nicht mehr gewährt. § 36 BZRG bestimmt, daß alle im Register eingetragenen Verurteilungen auch im Führungszeugnis aufzunehmen sind, solange eine Verurteilung in das Zeugnis einzutragen ist.

d) Offenbarungspflicht ohne entsprechende Frage des Arbeitgebers

da) Bei Bewerbung um eine untergeordnete Tätigkeit

Um die Resozialisierung des Vorbestraften zu erleichtern, der sich um eine untergeordnete, entpersönlichte<sup>1)</sup> Tätigkeit bemüht, besteht nach herrschender Meinung<sup>2)</sup> keine Verpflichtung des ArbNs, ungefragt seine Vorstrafen zu offenbaren. Dabei wird darauf hingewiesen, daß vom ArbN eine spontane Bekanntgabe der Vorstrafen auch nicht erwartet werden kann, weil er dadurch "regelmäßig seiner Bewerbung selbst zur Absage verhilft".<sup>3)</sup> Die zur Zeit der Vor-

---

1) So Ramm, a.a.O., S. 48.

2) Waechter, DB 50, 83; Butz, DB 55, 582; Endemann, BB 53, 266; Frey, ArbuR 53, 168; Falkenberg, BB 70, 1014.

3) Prasse, ArbuR 57, 77. Nach Käuffer, a.a.O., S. 43 und Endemann, AR Blattei Vorstrafen I / B I, würde eine derartige Offenbarungspflicht des ArbNs "nichts Geringeres bedeuten, als die Gefahr einer Preisgabe seiner selbst und gegebenenfalls seiner Angehörigen".

verhandlungen bestehende Treuepflicht des ArbNs erstreckt sich zu Lasten des Bewerbers um eine untergeordnete Tätigkeit demnach nicht so weit, daß er ohne Aufforderung des ArbGs Auskunft über seine Vorstrafen geben muß.<sup>1)</sup> Eine spontane Offenbarungspflicht würde auch deshalb eine Überspannung der Pflichten des ArbNs bedeuten, weil es dem ArbG obliegt, durch eine sorgfältige Erkundung die Eignung des Bewerbers festzustellen.<sup>2)</sup> Endemann<sup>3)</sup> verweist daher zutreffend auf die Vorrangigkeit der Fragepflicht des ArbGs und folgert aus der fehlenden Frage nach Vorstrafen des ArbNs, daß der ArbG auf deren Kenntnis keinen besonderen Wert legt.

#### db) Bei Bewerbung um eine Vertrauensstellung

Die gleiche Rechtsauffassung soll selbst dann gelten, wenn sich der ArbN um einen Vertrauensposten bewirbt. Auch bei derartigen Bewerbungen habe der ArbG die Möglichkeit, durch Befragen festzustellen, ob der ArbN die Voraussetzungen für die erhöhten Anforderungen mit sich bringt.<sup>4)</sup> Es ist jedoch wirklichkeitsfremd, aus der Tatsache, daß aus der Tatsache, daß bei den Einstellungsverhandlungen auf eine Frage nach Vorstrafen verzichtet wird, auf ein fehlendes Interesse des ArbGs an deren Kenntnis zu schließen. So kann der ArbG sein Interesse an den Vorstrafen stillschweigend z.B. dadurch zum Ausdruck bringen, daß er ein Führungszeugnis des Bewerbers verlangt. Das Verhalten des ArbGs läßt sich weiterhin aus dem Vertrauen erklären, das er einem Bewerber um eine leitende Stellung entgegenbringt. Dieses enge Vertrauensverhältnis, das die Partei-

---

1) Wägenbaur, BB 58, 1062; Hürholz, a.a.O., S. 114.

2) Helling, a.a.O., S. 42.

3) BB 53, 266.

4) Helling, a.a.O., S. 42; Waechter, DB 50, 83; Butz, DB 55, 582; Prasse, ArbuR 57, 77.

en bei den Einstellungsverhandlungen im Hinblick auf die zu besetzende Stelle begründen und das verstärkt im Arbeitsverhältnis Bestand haben soll, könnte durch eine mißtrauende Frage belastet werden. Mit einer gewissen Berechtigung erwartet der ArbG für sein rücksichtsvolles Verhalten eine erhöhte Rücksichtnahme auf seine Interessen. Weil jeder Stellungssuchende weiß, daß leitende Positionen nur an besonders vertrauenswürdige Bewerber vergeben werden, könnte der ArbN daher verpflichtet sein, ungefragt sämtliche Vorstrafen bekannt zu geben, die diesem Vertrauensverhältnis entgegenstehen könnten.<sup>1)</sup>

Eine derart umfangreiche Offenbarungspflicht würde nicht nur eine umfassende Beurteilung der charakterlichen Eigenschaft des Bewerbers durch den ArbG ermöglichen, sondern könnte darüber hinaus die stereotype und häufig als diskriminierend empfundene Frage nach Vorstrafen gänzlich ausschließen.

Diese Auffassung würde jedoch wiederum mit dem Persönlichkeitsrecht des ArbNs nicht zu vereinbaren sein, weil sie im Bereich der Vertrauensstellungen zu einer generellen Offenbarungspflicht führt. Die daher im Interesse des ArbNs erforderliche Einschränkung einer umfassenden Offenbarungspflicht läßt sich nach zwei Richtungen hin näher konkretisieren.

#### (1) Begriff der Vertrauensstellung

Die Einschränkung der Offenbarungspflicht kann einerseits im Hinblick auf die zu besetzende Stelle erfolgen. Damit der ArbG nicht jeden Arbeitsplatz zur Vertrauensstellung

---

1) Bobrowski, Das Arbeitsrecht von der Einstellung bis zu der Entlassung, 1954, S. 18; Bleser, Die Anfechtung im Arbeitsrecht, 1953, S. 30; LAG Hamm DB 53, 948; Neumann, DB 61, 1292; Haberkorn, RdA 62, 417; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 BGB Anm. 92, 93.

deklarieren und damit den Umfang der Offenbarungspflicht des Stellenbewerbers beeinflussen kann, ist der Begriff der Vertrauensstellung enger zu fassen.

Nach oftmals vertretener Ansicht<sup>1)</sup> liegt eine Vertrauensstellung schon dann vor, wenn dem ArbN vom ArbG höhere Summen anvertraut werden (z.B. Kassierer). Nach dieser Auffassung müßte jedoch zwischen ArbG und beinahe jedem ArbN ein Vertrauensverhältnis bestehen, weil jedem ArbN in einem bestimmten Umfang große Sachwerte anvertraut werden, z.B. dem Kraftfahrer Lastzug und wertvolle Ladung, dem Facharbeiter im Industriebetrieb wertvolle Maschinen oder Produkte, dem Handwerker wertvolle Gegenstände der Kunden u.a.m..

Es ist jedoch zu beachten, daß die Mehrzahl dieser Tätigkeiten mehr oder minder einer fortlaufenden Kontrolle unterliegen; ein Kassierer kann z.B. nicht frei über das Geld verfügen, sondern er bedarf zur Ein- und Auszahlung der Kassenanweisungen, die laufend überprüft werden. Auch wenn in diesem Fall dem ArbN tätigkeitsbedingte Verantwortung übertragen wird, fehlt es doch an dem für das Vertrauensverhältnis wichtigen Moment: auf der einen Seite an dem Bewußtsein des ArbGs, sich auf einen bestimmten ArbN, der ihm häufig persönlich unbekannt ist, verlassen zu können, auf der anderen Seite an dem Bewußtsein des ArbNs, die Tätigkeit gerade deshalb zuverlässig auszuführen, weil ihm der ArbG vertraut. Um ein Vertrauensverhältnis annehmen zu können, ist daher nicht allein der anvertraute Vermögenswert das ausschlaggebende Kriterium, sondern es muß eine über die allgemeine personenrechtliche Bindung im Arbeitsverhältnis hinausgehende gemeinschaftliche Verbundenheit bestehen.

---

1) Vgl. Anm. 1 (S. 79).

### (1.1.) Vertrauensstellungen im häuslichen Bereich

Ein engeres Vertrauensverhältnis besteht in der Regel zwischen dem ArbG und solchen Personen, die ihre Tätigkeit ständig im familiären Bereich des ArbGs ausüben. Eine Haushälterin oder ein Chauffeur z.B. kommen nicht nur mit den Vermögenswerten des ArbGs in Berührung, sondern ihnen wird auferlegt, für das persönliche Wohl des ArbGs und seiner Angehörigen zu sorgen; einem Kindermädchen oder einer Pflegerin werden hilflose Personen zur Erziehung und Pflege anvertraut. Weil diese Tätigkeiten im privaten Bereich des ArbGs ausgeübt und die ArbN häufig in die Wohngemeinschaft des ArbGs aufgenommen werden, entsteht zwischen den Parteien eine intensive persönliche Beziehung.

### (1.2.) Vertrauensstellungen im betrieblichen Bereich

Zwischen dem ArbG und dem ArbN wird allein durch das Arbeitsverhältnis kein engeres Vertrauensverhältnis begründet. Hinzu kommen muß eine menschlich ethische Komponente, die als Grundlage der Beziehungen zwischen ArbG und den ArbNn unerlässlich ist, die in leitenden Stellungen tätig sind. Der ArbG wird dem ArbN erst dann in verstärktem Maß Verantwortung auferlegen, wenn er ihm vertraut; erst dann wird er ihm selbständige - nicht laufend kontrollierbare - Tätigkeiten zuweisen. Demnach besteht ein Vertrauensverhältnis vor allem dort, wo der ArbN selbständige Entschlüsse in größerem Umfang fassen muß, die auf die Geschäftsführung des Unternehmens oder einzelner Gebiete (z.B. Produktion, Ein- und Verkauf, Entwicklung, Finanzen) von entscheidendem Einfluß sind. Dabei ist weniger die Wahrnehmung der Aufgaben entscheidend, als vielmehr ihre selbständige Lösung, die im Auftrage des ArbGs unter eigener Verantwortung vollzogen wird. Demnach liegt eine Vertrauensstellung nur vor, wenn der ArbN im Rahmen der betrieblichen Organisation selbständige Lösungen von Aufgaben höherer Art zu erfüllen hat.

## (2) Einschränkung durch die Art der Vorstrafe

Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, daß die charakterliche Eignung des Stellenbewerbers nicht durch jede Vorstrafe in Zweifel gezogen werden kann. Begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit des ArbNs bestehen erst dann, wenn die Vorstrafe wegen eines Vergehens erfolgte, das mit der auszuübenden Tätigkeit in Zusammenhang gebracht werden kann. Vorstrafe und Arbeitsplatz müssen in einer gewissen Beziehung zueinander stehen. Sie liegt dann vor, wenn der ArbN sich um eine Stelle bewirbt, die er bei einem anderen Betrieb auch schon ausübte und die er dort zu einer strafbaren Handlung ausnutzte. Eine Verbindung besteht auch, wenn der Schutzbereich der Strafnorm, deretwegen er verurteilt wurde, die Tätigkeit berührt, um die er sich nun bewirbt. Die spontane Offenbarungspflicht bei Vertrauensstellungen erstreckt sich daher nur auf tätigkeitsbezogene Vorstrafen, also primär auf Vermögensdelikte. Verkehrsdelikte betreffen in der Regel nicht den Aufgabenbereich des ArbNs in Vertrauensstellungen und lassen demnach keine sachlich berechtigten Zweifel an der Zuverlässigkeit des ArbNs für seine spezielle Arbeit zu. Sollte der ArbN wegen eines Verbrechens verurteilt worden sein, hat er seine Vorstrafe dagegen stets anzugeben. In derartigen Fällen bestehen von vorneherein erhebliche Bedenken, ob der ArbN auf Grund seiner Persönlichkeitsstruktur den hohen Anforderungen einer Vertrauensstellung gewachsen ist. Dabei muß nicht nur die Vertrauensbeziehung zum ArbG berücksichtigt werden, sondern auch das Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern und darüber hinaus das Ansehen des Betriebes in der Öffentlichkeit.

e) Die Offenbarungspflicht des ArbNs, der vom ArbG nach Vorstrafen gefragt wird

ea) Die Auffassungen in der Lehre

Die Stellungnahmen in der Literatur zu dem Problem, welche Vorstrafen der Bewerber auf eine entsprechende Frage des ArbGs mitzuteilen hat, sind nicht einheitlich.

Endemann<sup>1)</sup> und Käuffer<sup>2)</sup> bejahen ein uneingeschränktes Fragerecht des ArbGs nach Vorstrafen und befürworten damit die Verpflichtung des ArbNs, sämtliche Vorstrafen bekannt zu geben. Andere differenzieren nach der Art und Weise der Fragestellung: eine umfassende Offenbarungspflicht bestehe nur bei individueller Frage des ArbGs<sup>3)</sup> oder dann, wenn die Frage mit der größtmöglichen Schonung der berechtigten Interessen des Betroffenen gestellt werden.<sup>4)</sup> Prasse<sup>5)</sup> begrenzt die Offenbarungspflicht dahingehend, daß der ArbG keine Mitteilung von Vorstrafen fordern darf, wenn dadurch die dem Stellenbewerber vom Gesetzgeber eingeräumten Rechte zu seinen Ungunsten eingeschränkt werden.

Überwiegend wird jedoch die Bedeutung des angestrebten Arbeitsplatzes für die Offenbarungspflicht hervorgehoben; ein Fragerecht wird dem ArbG nur dann zugebilligt, wenn zwischen der zu vergebenden Arbeitsstelle und der Vorstrafe des Bewerbers eine Beziehung herzustellen ist.<sup>6)</sup> Demnach besteht eine Offenbarungspflicht des ArbNs nur hinsichtlich solcher Vorstrafen, "die unter einem denkbaren

---

1) BB 53, 267; ders., AR Blattei Vorstrafen I / B III.

2) A.a.O., S. 44, 45.

3) Steindorff, Anm. zu BAG JZ 58, 514.

4) Windolph, DB 66, 579 beziehend auf BGHZ 3, 281; 8, 146.

5) ArbuR 57, 77.

6) Z.B. Korn, RdA 57, 291; Schlessmann, Rechtshandbuch der Personalleitung, 1965, S. 88.

Gesichtspunkt von Bedeutung für die erstrebte Tätigkeit sind und an deren Erfahrung der ArbG ein echtes schutzwürdiges Interesse hat".<sup>1)</sup>

Andere Autoren verlangen noch weiter einschränkend, daß die Angabe der Vorstrafen von erheblicher Bedeutung für den angestrebten Arbeitsplatz sein muß.<sup>2)</sup>

Die neuere Literatur folgt den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen zur Einschränkung des Fragerechts bei der Einstellung vorbestrafter ArbN.<sup>3)</sup>

#### eb) Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes

In einer grundlegenden Entscheidung hat das BAG 1957<sup>4)</sup> zu der bis dahin unterschiedlichen Auffassung der unteren Gerichte<sup>5)</sup> über den Umfang der Offenbarungspflicht Stellung genommen. In der Entscheidung wird hervorgehoben, daß schon wegen der Erleichterung der Resozialisierung des Bestraften und zur Vermeidung von Gewissenskonflikten nicht schrankenlos nach Vorstrafen gefragt werden darf. Nicht

---

1) Windolph, DB 66, 580, 581.

2) Zeitlmann, MuA 58, 190; Nikisch, Bd. I, S. 189; Wägenbaur, BB 58, 1062, der die Frage davon abhängig macht, ob sie im Hinblick auf den zu besetzenden Posten unerläßlich ist.

3) Hueck-Nipperdey, Lb Bd. I, S. 193; Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 611 BGB Anm. 92; Bürger, AR Blattei Einstellung I D IV 5, Fußnote 55; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb 1965, S. 62; Neumann, DB 61, 1292, 1293; Trinkhaus, RdA 61, 227; Haberkorn, RdA 62, 417; Brill, ArbuR 68, 141; Häßler-Kehrmann, BlSteuSozuArbR 67, 45; Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 173; Großmann, ArbuR 69, 97; Helling, a.a.O., S. 45; Gumpert, BB 70, 804; Falkenberg, DB 70, 1014.

4) BAG 5, 159 = AP Nr. 2 zu § 123 BGB, ebenso BAG 15, 261 = AP Nr. 6 zu § 276 BGB.

5) Vgl. z.B. die Entscheidung des LAG Hannover, ArST VII Nr. 608, in der eine generelle Offenbarung von Vorstrafen gefordert wird.

für jede Tätigkeit ist die Vorstrafe eines Bewerbers ein beachtliches Hindernis. Der ArbG darf den ArbN bei der Einstellung nur nach Vorstrafen fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dieses erfordert. Gefragt werden kann z.B. bei einem Bankkassierer nach Vorstrafen auf vermögensrechtlichem Gebiet, bei Angestellten des Verfassungsschutzamtes nach Vorstrafen auf politischem Gebiet und bei Kraftfahrern nach verkehrrechtlichen Vorstrafen. Damit ist die Offenbarungspflicht des ArbNs durch die Rspr. auf sogenannte einschlägige Vorstrafen beschränkt. In einer späteren Entscheidung hat das BAG<sup>1)</sup> ausgeführt, daß es für die Frage, welche Vorstrafen jeweils als einschlägig angesehen werden können, nicht auf die subjektive Einstellung des ArbGs ankomme, sondern daß vielmehr ein objektiver Maßstab zu gelten habe.

#### ec) Eigene Stellungnahme

##### (1) Offenbarungspflicht und Führungszeugnis

Nach dem Inkrafttreten des BZRG wurde die Frage aufgeworfen, ob für den ArbG überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung von Fragen nach Vorstrafen bestehe; die gesetzliche Regelung des § 51 BZRG beschränke die Offenbarungspflicht des ArbNs auf solche Vorstrafen, die auch im Führungszeugnis enthalten seien. Der ArbG kann also - im Gegensatz zum früheren Recht<sup>2)</sup> - durch die Befragung keine zusätzliche Erkenntnis über gerichtliche Bestrafungen des Stellenbewerbers gewinnen.<sup>3)</sup> Gegen diese Auffassung spricht jedoch die Tatsache, daß die Ausstellung eines Führungszeugnisses häufig mehrere Wochen dauert und ein ArbN in den seltensten Fällen schon bei seinem ersten Vor-

---

1) BAG, BB 70, 803.

2) Vgl. Bobrowski, a.a.O., S. 14.

3) So Götz, BB 71, 1326.

sprechen ein Führungszeugnis vorlegt. So wird die Entscheidung über die Einstellung unnötig verzögert. Darüber hinaus muß aber auch eine Regelung für diejenigen Fälle gefunden werden, in denen der ArbG nicht auf der Vorlage eines Führungszeugnisses besteht.

(2) Die Beschränkung der Offenbarungspflicht auf eine für den Arbeitsplatz bedeutsame Vorstrafe

Eine sachgerechte Entscheidung über die Eignung des Stellenbewerbers kann der ArbG nur treffen, wenn er Kenntnis von solchen Vorstrafen erlangt, die für die in Aussicht genommene Tätigkeit von Bedeutung sind.

Ein Teil der Lehre ist der Auffassung<sup>1)</sup>, daß die Offenbarungspflicht nicht allein auf das für den Arbeitsplatz wichtige Strafrechtsgebiet beschränkt werden kann, weil sich auch aus anderen Delikten die Gefahr einer nicht nur einmaligen charakterlichen Unzuverlässigkeit ergibt.<sup>2)</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der ArbG keine umfassende Persönlichkeitsbewertung vornehmen soll. Es sind lediglich solche Eigenschaften des Bewerbers zu beurteilen, die die Art und Weise der Arbeitsausführung, das Arbeitsverhalten und den Arbeitscharakter für eine bestimmte Tätigkeit betreffen. Auch bei der Beurteilung des persönlichen Merkmales "Zuverlässigkeit" können daher nur die speziellen Anforderungen der angestrebten Arbeit berücksichtigt werden. Die Verurteilung wegen Hehlerei weist z.B. in der Regel keinen unmittelbaren sachlichen Bezug zur Tätigkeit eines Kraftfahrers auf; diese Beziehung wird erst dann hergestellt, wenn der ArbN seine berufliche Tätigkeit zur Ausübung der strafbaren Handlung ausnutzt, wenn also z.B. ein Fernfahrer bei seinen Fahrten Diebesgut befördert. Verge-

---

1) Waechter, DB 50, 83; Wägenbaur, BB 58, 1062; Schwenk, MDR 60, 353.

2) So Wägenbaur, a.a.O.

hen, die in keiner echten Verbindung zur angestrebten Arbeit stehen, gehören somit in den Bereich der Persönlichkeitssphäre des ArbNs, an deren Kenntnis der ArbG kein berechtigtes Interesse aufweisen kann.<sup>1)</sup> Verbrechen muß der Stellenbewerber dagegen stets mitteilen. Nur die Kenntnis von der Vorstrafe ermöglicht dem ArbG, einen sozial Labilen von Beginn an so in die Gemeinschaft des Betriebes einzuordnen, daß er nach menschlichem Ermessen der Arbeit und seiner menschlichen Umgebung gewachsen ist und nicht erneut rückfällig wird.

#### (2.1.) Unterscheidung der Arbeitsplätze nach Art und Bedeutung

Wenn auch der Rspr. darin zu folgen ist, daß für die Bewertung des Zusammenhanges zwischen Vorstrafe und Arbeitsplatz nach objektiven Maßstäben geurteilt werden muß - nach subjektiver Einstellung des ArbGs könnte eine Beziehung fast immer hergestellt werden -, so läßt sich doch kein umfassender Katalog aufstellen, aus dem ersichtlich wird, welche Vorstrafe für welche Tätigkeit einschlägig ist. Um die Entscheidung im Einzelfall zu erleichtern, sind die für die Beschränkung der Offenbarungspflicht entwickelten Grundsätze zu konkretisieren. Wegen der unterschiedlichen Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Bewerbers soll im Folgenden eine Aufgliederung der Tätigkeiten nach der Art der auszuführenden Arbeit und ihre Bedeutung für den gesamten Betriebsablauf versucht werden. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Arbeitsplatz im Einzelfall verschiedene Unterscheidungsmerkmale enthalten kann und sich deshalb der Umfang der Offenbarungspflicht erweitert.

---

1) H.M. vgl. z.B. Schlessmann, a.a.O., S. 88; Windolph, DB 66, 581; Gumpert, BB 70, 804.

(a) Untergeordnete Tätigkeiten

Ramm bezeichnet Tätigkeiten, bei denen sich der ArbN dem Arbeitsgang der Maschine unterwirft, als "entpersönlichte" Arbeit.<sup>1)</sup> Sie ist "die typisierte, mechanisierte Arbeitsleistung, die von jeder Bindung an den ArbN als dem besonderen Einzelnen gelöst ist". In diesen Bereich gehören z.B. die Arbeiten am Fließband, bei denen der ArbN stets die gleichen Handgriffe verrichten muß oder Tätigkeiten, die unter fortwährender Beobachtung und Anleitung eines Vorarbeiters oder Bürovorstehers durchgeführt werden. Vorstrafen, die mit diesen Arbeitsverrichtungen in Verbindung gebracht werden können, sind vor allem in früheren Betrieben begangene Vermögensdelikte (z.B. Diebstahl oder Unterschlagung von Arbeitsgeräten, gefertigten Waren, Ersatzteilen) oder auch vorsätzliche Sachbeschädigung an betriebseigenen Geräten.

(b) Weisungsgebundene Tätigkeiten mit begrenztem Verantwortungsbereich

Hierbei handelt es sich um Arbeitsplätze, bei denen der Bewerber ohne Überwachung Aufgaben übernehmen soll, die in einem vom Tätigkeitsbereich bestimmten Umfang rechtliche oder tatsächliche Entscheidungen und begrenzte Verantwortung erfordern. Hierher gehören die Berufe, bei denen der ArbN mit größeren Vermögenswerten in Berührung kommt (z.B. Kassierer, Facharbeiter, die wertvolle Maschinen bedienen) oder Verantwortung für den ordnungsgemäßen Arbeitsablauf trägt (Vorarbeiter, Bürovorsteher). In diesem Bereich sind wegen der erhöhten Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Bewerbers über die unter (a) genannten Vorstrafen hinaus auch solche anzugeben, die eine Neigung

---

1) Anfechtung, S. 48.

zu derartigen Delikten erkennen lassen, also sämtliche Verurteilungen, die Vermögensdelikte, Sachbeschädigungen und Urkundendelikte betreffen.

(c) Selbständige Tätigkeiten unter eigener Verantwortung

Bei diesen Berufen wird eine selbständige Lösung von Aufgaben verlangt, die im Auftrag des ArbGs unter eigener Verantwortung durchzuführen sind. Ramm bezeichnet diese Tätigkeit als "persönlichkeitsgebundene Arbeit", der die Persönlichkeit des ArbNs ihre mehr oder minder charakteristische Prägung verleiht.<sup>1)</sup> Hierzu gehören die Aufgaben der leitenden Angestellten sowie ihrer Mitarbeiter mit eigenem Verantwortungsbereich (z.B. Filialleiter, Betriebswirte, angestellte Ärzte, Ingenieure). Diesen ArbNn wird bei der Einstellung ein breiteres Aufgabenfeld mit größerer Verantwortung übertragen. Daher erweitert sich auch der Bereich der tätigkeitsbezogenen Vorstrafen, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, wie z.B. Wirtschaftsdelikte, Bruch des Berufsgeheimnisses, falsche uneidliche Aussage usw.

(d) Tätigkeiten, die spezielle außerfachliche Voraussetzungen erfordern

In diesen Bereich gehören Berufe, die außer fachlichen Fähigkeiten noch besondere Voraussetzungen erfordern. ArbN, die bei Betrieben oder bei Behörden mit speziellen Sicherheitsvorschriften beschäftigt sind, werden als Geheimnisträger verpflichtet (z.B. Bundesnachrichtendienst, Verfassungsschutz, Entwicklungsabteilungen in der Rüstungsindustrie). Zu den tätigkeitsbezogenen Vorstrafen sind alle Verurteilungen wegen verfassungsfeindlichen Verhaltens (Staatsschutzdelikte) zu rechnen oder Verurteilungen, die im Zusammenhang mit Werkspionage erfolgt sind.

---

1) Anfechtung, S. 48.

(e) Tätigkeiten, die eine Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern erfordern

Damit in diesen Fällen ein ungestörter Betriebsablauf gewährleistet wird, muß der ArbG Kenntnis von solchen Vorstrafen des Bewerbers erhalten, die eine Neigung zu tätlichen Auseinandersetzungen erkennen lassen. Zwar wird man eine derartige Neigung nicht schon bei einmaliger Verurteilung wegen Körperverletzung annehmen können; ist der ArbN jedoch mehrfach wegen Raufhändeln mit Arbeitskollegen vorbestraft, dann ist er verpflichtet, diesen Sachverhalt dem neuen ArbG mitzuteilen.

Mit den Anforderungen des angestrebten Arbeitsplatzes erweitert sich auch hier die Offenbarungspflicht. Ein Bewerber, der eine Einstellung als Vorarbeiter oder eine sonstige Vorgesetztentätigkeit anstrebt (Gruppen-, Abteilungsleiter), wird auch seine mehrfachen Vorstrafen wegen Körperverletzung angeben müssen, die auf Grund seines Verhaltens im außerdienstlichen Bereich erfolgt sind. Das gleiche gilt für Sittlichkeits- und Vermögensdelikte. Der ArbN in untergeordneter Tätigkeit ist nur zur Angabe solcher Delikte verpflichtet, die im Zusammenhang mit seinen Arbeitskollegen stehen. Vorgesetzte müssen dagegen jedes Sittlichkeits- und Vermögensdelikt angeben.

(f) Tätigkeiten, die mit erhöhter Unfallgefahr für andere Personen verbunden sind

Bei einigen Berufen trifft den ArbN eine erhöhte Sorgfaltspflicht, weil jede fahrlässige Ausübung der Tätigkeit eine Gefahr für Menschenleben bedeuten kann. Die größere Unfallgefahr kann innerhalb des Betriebes für andere ArbN bestehen (Kranführer, ArbN bei Raffinerien) oder Außenstehende treffen (Kraftfahrer). Zu diesem Bereich gehören auch die Tätigkeiten, deren Aufgabe die Überwachung von Sicherheitsvorschriften beinhaltet (Sicherheitsingenieur, Werksfeuer-

wehr). Wegen der erhöhten Anforderung an die Zuverlässigkeit der Bewerber hat der ArbN bei den Einstellungsverhandlungen sämtliche Vorstrafen bekannt zu geben, die wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Mißachtung der erforderlichen Sicherheitsvorschriften ausgesprochen wurden (Verkehrsdelikte, Körperverletzung).

(g) Unterscheidung der Tätigkeiten nach Innen- und Außenwirkung

Ramm<sup>1)</sup> beurteilt die Stellung des ArbNs auch danach, ob ihr eine Bedeutung für das Ansehen des Betriebes zukommt. Für ArbN, die ihr Unternehmen in der Öffentlichkeit vertreten, wird weitgehend ein strafrechtlich einwandfreies Vorleben verlangt, damit die Kritik an Vorbestraften keine Rückwirkung auf das Ansehen des Betriebes ermöglicht. Das berechnigte Interesse des ArbGs an dem guten Ruf seines Unternehmens zwingt ihn zur Rücksichtnahme auf die öffentliche Meinung, so daß die Offenbarungspflicht des Bewerbers um Repräsentationsposten sämtliche im Führungszeugnis eingetragenen Vorstrafen umfaßt.

(h) Vertrauensstellungen

Eine umfassende Offenbarungspflicht auf Fragen des ArbGs nach Vorstrafen trifft den ArbN auch dann, wenn er sich um Vertrauensstellungen bewirbt. Bei diesen Tätigkeiten ist jedoch die schon oben (db (1)) vorgenommene Einschränkung zu beachten. Ein Vertrauensverhältnis liegt danach nicht schon dann vor, wenn dem ArbN größere Vermögenswerte anvertraut sind, sondern erst dann, wenn eine gemeinschaftliche Verbundenheit zwischen ArbG und ArbN besteht. Die besonderen Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Bewerbers beruhen auch darauf, daß der ArbN in Vertrauensstellungen Kenntnisse von betrieblichen Vorgängen erlangt, deren Geheimhaltung dem ArbG gesichert erscheinen muß.

---

1) Anfechtung, S. 49.

f) Die Offenbarungspflicht des ArbNs, der sich um eine Anstellung im öffentlichen Dienst bewirbt

fa) Bei Behörden, die ein Recht auf unbeschränkte Auskunft aus dem Strafregister haben

Auch wenn die Vorstrafen des Bewerbers nicht im Führungszeugnis aufgenommen werden, darf sich dieser gegenüber den Behörden, die ein Recht auf unbeschränkte Auskunft aus dem Strafregister haben, nicht als unbestraft bezeichnen (vgl. § 51 Abs. 2 BAG).

Nach § 39 BZRG erhalten neben Gerichten, Staatsanwaltschaften und Behörden für spezielle Sicherheitsaufgaben (Verfassungsschutz, MAD, BND, Kriminalpolizei, Einbürgerungs- und Ausländerbehörden) vor allem oberste Landes- und Bundesbehörden unbeschränkte Auskunft aus dem Zentralregister. Die Regelung des § 51 Abs. 2 BZRG bedeutet für den vorbestraften Bewerber, daß er solchen Behörden sämtliche im Register eingetragenen Verurteilungen offenbaren muß, weil in diesen Fällen ein besonderes öffentliches Interesse an der Integrität des Bediensteten besteht.<sup>1)</sup>

Eine Beschränkung hinsichtlich der bekanntzugebenden Vorstrafen tritt insofern ein, als auch die im Zentralregister eingetragenen Verurteilungen - bis auf die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe - nach Ablauf einer bestimmten Frist getilgt werden (vgl. §§ 43 ff. BZRG). § 49 BZRG bestimmt ausdrücklich, daß die getilgte oder zu tilgende Eintragung über eine Verurteilung nicht zum Nachteil des Vorbestraften werden darf. Allerdings ist die Tilgungsfrist des § 44 BZRG länger als die für die Eintragung in das Führungszeugnis ausschlaggebende Frist des § 32 BZRG.

---

1) Großmann, ArbuR 69, 100.

fb) Bei Behörden, die nicht unbeschränkt auskunftsberechtigt sind

Alle anderen als die in § 39 BZRG aufgeführten Behörden, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind nicht unbeschränkt auskunftsberechtigt. Diesen Stellen gegenüber ist der vorbestrafte Bewerber nur beschränkt offenbarungspflichtig: Verurteilungen, die nicht im Führungszeugnis aufgenommen wurden, brauchen nicht mitgeteilt zu werden (vgl. § 56 BZRG).

Der Umfang der Offenbarungspflicht kann auch nicht dadurch erweitert werden, daß sich diese öffentlich-rechtlichen Organisationen nach weiteren Vorstrafen des Bewerbers bei den obersten Landes- und Bundesbehörden erkundigen können. Nach § 41 BZRG dürfen oberste Behörden nicht in das Führungszeugnis eingetragene Vorstrafen nur mitteilen, wenn dieses zur Vermeidung von Nachteilen für den Bund oder das Land unerläßlich ist oder wenn anderenfalls die Erfüllung öffentlicher Aufgaben erheblich gefährdet oder erschwert würde.

Diese strengen Maßstäbe betreffen zwar nur das Auskunftsrecht der Behörden und nicht unmittelbar die Offenbarungspflicht des Bewerbers; sie lassen aber erkennen, daß die Mitteilung der Vorstrafe weitgehend davon abhängt, welche Funktion der ArbN ausüben soll. Hat der Bewerber verantwortungsvolle Hoheitsaufgaben zu erledigen, sind größere Anforderungen an seine Integrität zu stellen, als wenn er nur eine untergeordnete Tätigkeit ausführen soll, die häufig nicht einmal staatlichen Zwecken dient. Der Auffassung, daß das öffentliche Interesse an der Integrität des ArbNs im öffentlichen Dienst das Resozialisierungsinteresse generell überwiege, hat das BAG<sup>1)</sup> ausdrücklich widersprochen. Es hat ausgeführt, daß die Resozialisierung Vorbestrafter

---

1) BB 70, 803.

nicht nur privaten ArbGn überlassen werden könne, sondern auch eine Aufgabe der öffentlichen Hand sei und daher auch von öffentlichen Rechtsträgern betrieben werden müsse. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst ebenfalls durch privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründet wird und daß sich daher die Rechtsverhältnisse der nichtbeamteten ArbN ihrem Wesen nach grundsätzlich nach allgemeinem Arbeitsrecht richten.<sup>1)</sup> Schon der Gleichheitssatz verbietet eine unsachgemäße Differenzierung von Bewerbern bei privaten und öffentlichen ArbGn.

Die für den Umfang der Offenbarungspflicht entwickelten Grundsätze finden demnach auch bei Bewerbern um eine Stellung im öffentlichen Dienst Anwendung. Weil sich der Umfang der Offenbarungspflicht nach der zu erfüllenden Tätigkeit richtet, braucht der vorbestrafte ArbN nur einschlägige, in das Führungszeugnis eingetragene Verurteilungen bekannt zu geben.<sup>2)</sup> Soweit darüber hinaus die Erfüllung der Aufgaben im staatlichen Interesse und die Stellung des ArbNs in der Öffentlichkeit besondere Anforderungen an den Bewerber stellen, ist der Rechtsträger verpflichtet, das Führungszeugnis des Bewerbers zu verlangen und eventuell die oberste Landes- oder Bundesbehörde um Auskunft aus dem Zentralregister zu ersuchen.

g) Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der Form der Befragung

In Rspr.<sup>3)</sup> und Literatur<sup>4)</sup> besteht einhellige Meinung darüber, daß sich der ArbG sowohl mündlich als auch schrift-

---

1) BAG 3, 249, 250 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG.

2) Prasse, ArbuR 57, 77; Windolph, DB 66, 581.

3) BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

4) Großmann, AuR 69, 102 mit weiteren Nachweisen.

lich - und deshalb auch durch Bewerbungsbogen - nach Vorstrafen des Bewerbers erkundigen kann. Dementsprechend hat sich der ArbN mündlich oder schriftlich zu äußern. Das BAG<sup>1)</sup> vertritt jedoch eingrenzend die Ansicht, daß in der Fragestellung die Beschränkung der Offenbarungspflicht zum Ausdruck kommen müsse.

Großmann<sup>2)</sup> begegnet dieser Forderung mit dem Hinweis, daß es dem ArbG aus Gründen der Praktikabilität erlaubt sein muß, allgemein nach Vorstrafen zu fragen, weil er im Einzelfall gar nicht weiß, welche Beschränkungen nach dem BZRG in Betracht kommen. Vielmehr könne vom ArbN verlangt werden, sich über seine Offenbarungspflicht Gewißheit zu verschaffen, erforderlichenfalls durch Befragen der mit der Straffälligenhilfe betrauten Personen und Organisationen.

Diese Auffassung führt jedoch im Ergebnis dazu, die Beschränkung der Offenbarungspflicht wieder aufzuheben. In Unkenntnis der Rechtslage würde der ArbN in größerem Umfang seinen Persönlichkeitsbereich offenlegen, ohne daß ein berechtigtes Interesse des ArbGs an dessen Kenntnis vorhanden wäre. Die allgemein gewünschte Resozialisierung des ArbNs wäre dadurch erneut in Frage gestellt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, ist es notwendig, daß der ArbG den Stellenbewerber auf seine beschränkte Offenbarungspflicht hinweist; dem ArbG ist durchaus zuzumuten, in den Fragebogen den Wortlaut des § 51 BZRG aufzunehmen und zu erwähnen, daß nur einschlägige Vorstrafen von dem Bewerber bekannt gegeben werden müssen.<sup>3)</sup> Diese Art der Fragestellung wird den ArbN veranlassen, sich nach dem Umfang der Offenbarungspflicht zu erkundigen; bei eventuell auftretender Unklarheit bleibt es dem ArbG unbenommen, von dem Stellenbewerber ein Führungszeugnis zu verlangen.

---

1) AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

2) ArbuR 69, 103.

3) Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 173.

h) Offenbarungspflicht bei anhängigen Ermittlungsverfahren

Das BZRG enthält keine Regelung der Offenbarungspflicht für den Fall, daß gegen den ArbN wegen einer strafbaren Handlung ermittelt wird. Götz<sup>1)</sup> folgert daraus, daß eine entsprechende Frage des ArbGs zulässig sei, der ArbN also offenlegen müsse, ob gegen ihn ein Ermittlungsverfahren anhängig ist.

Diese Auffassung kann jedoch nur bedingt geteilt werden. In den Fällen, in denen der ArbN zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden kann, trifft den Stellenbewerber - gleichgültig, ob er danach befragt wurde oder nicht - eine Offenbarungspflicht schon deshalb, weil er durch die eventuell verhängte Freiheitsstrafe zumindest zeitweise daran gehindert wird, seiner Arbeitspflicht nachzukommen. In den übrigen Fällen darf der ArbN jedoch nicht schlechter gestellt werden, als wenn seine Verurteilung nicht in das Führungszeugnis aufzunehmen ist oder er sie selbst im Falle ihrer Eintragung nicht mitteilen müßte.

Ein nicht vorbestrafter ArbN, gegen den wegen einer Übertretung (§ 1 Abs. 3 StGB) ermittelt wird, braucht nach § 30 II Nr. 4 BZRG nicht zu befürchten, daß im Falle der Verurteilung eine Eintragung in das Führungsregister erfolgt; er ist daher auch nicht verpflichtet, das Ermittlungsverfahren bekannt zu geben.

Bei allen anderen Ermittlungen ist darauf zu achten, ob der dem Ermittlungsverfahren zu Grunde liegende Sachverhalt in Zusammenhang mit der Arbeitsstelle gebracht werden kann, um die der ArbN sich bewirbt. Auch in diesem Bereich finden die Grundsätze Anwendung, die für die tätigkeitsbezogene Vorstrafe entwickelt wurden; das Ermittlungsverfahren muß also wegen einschlägiger Delikte geführt werden.

---

1) BB 71, 1326.

Die Pflicht, das anhängige Ermittlungsverfahren zu offenbaren, trifft den ArbN aber nur bei entsprechender Frage des ArbGs; ungefragt braucht der Stellenbewerber das laufende Verfahren nicht bekannt zu geben, weil Rückschlüsse auf seine Vertrauenswürdigkeit erst nach rechtskräftiger Verurteilung möglich sind.<sup>1)</sup>

## 2. Die Pflicht des ArbNs, bei bestehendem Arbeitsverhältnis Vorstrafen zu offenbaren

Während der Vertragsverhandlungen dient die Offenbarungspflicht des ArbNs dazu, dem ArbG Kenntnisse für seine Einstellungsentscheidung zu verschaffen. Die für die Offenbarungspflicht bei Einstellungsverhandlungen entwickelten Grundsätze sind nach Abschluß des Arbeitsvertrages nicht ohne weiteres anwendbar, weil der ArbN dann vor allem danach zu beurteilen ist, wie er seine Arbeit ausführt und wie er sich im Betrieb einordnet. Ein sachlich berechtigtes Interesse an der Kenntnis von Vorstrafen liegt auch dann nicht vor, wenn der ArbG schon die Einstellung des ArbNs nicht von einem straffreien Vorleben abhängig gemacht hat. Abzulehnen ist jedoch die Auffassung, daß nach Begründung des Arbeitsverhältnisses überhaupt keine Pflicht des ArbNs besteht, Vorstrafen zu offenbaren.<sup>2)</sup> Eine der Einstellungsentscheidung des ArbGs vergleichbare Situation liegt z.B. bei der Änderungskündigung vor. Will der ArbG dem ArbN eine neue Tätigkeit übertragen, so kann er auch in diesen Fällen die Versetzung davon abhängig machen, ob der ArbN für den neuen Aufgabenbereich einschlägig vorbe-

---

1) Nach Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. II 1952, 686) wird bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist.

2) Großmann, ArbUR 69, 104.

straft ist und dementsprechend sein Fragerecht ausüben. Ein berechtigtes Interesse des ArbGs, über die Verurteilung des ArbNs in Kenntnis gesetzt zu werden, besteht aber auch dann, wenn die Bestrafung dazu führt, daß der ArbN seine Tätigkeit demnächst überhaupt nicht mehr ausüben kann (Strafantritt) oder die Aufgaben vom ArbN nicht mehr in dem vereinbarten Umfange wahrgenommen werden können (Führerscheinentzug<sup>1)</sup>). Besonders bei Repräsentationsstellungen kann die Verurteilung des ArbNs nach Arbeitsaufnahme zu einer Gefährdung des betrieblichen Ansehens und damit zu geschäftlichen Nachteilen führen.

## II Gesundheitszustand des Arbeitnehmers

### 1. Die Pflicht des ArbNs, bei der Stellenbewerbung seinen Gesundheitszustand zu offenbaren

#### a) Die unterschiedlichen Interessen von ArbG und ArbN an der Bekanntgabe von Krankheiten

Eine Einstellungsentscheidung wird regelmäßig von der Kenntnis des Gesundheitszustandes des ArbNs abhängig gemacht. Der Bewerber muß von seiner körperlichen Konstitution her geeignet sein, die in Aussicht genommene Tätigkeit ausüben zu können. Krankheiten können in erheblichem Maße die Leistungsfähigkeit des ArbNs beeinflussen und ihn früher oder später daran hindern, seine Arbeitsleistung im gewünschten Umfang zu erbringen. Der ArbG wird sich daher darum bemühen, sämtliche Krankheiten des sich bewerbenden

---

1) BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG.

ArbNs in Erfahrung zu bringen und so dessen Körperbeschaffenheit und - abhängig davon - die Art und Weise der Arbeitsausführung beurteilen zu können. Das Bestreben des ArbGs, keine kranken oder besonders krankheitsanfälligen ArbN einzustellen, beruht auch darauf, daß er nach § 1 Lohnfortzahlungsgesetz<sup>1)</sup> zur weiteren Lohnzahlung verpflichtet ist, wenn die Krankheit des ArbNs seine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Um einen ungestörten Arbeitsablauf zu gewährleisten, wird der ArbG weiterhin vielfach gezwungen, die durch die krankheitsbedingte Verhinderung des ArbNs vakante Arbeitsstelle zumindest zeitweise umzubesetzen. Dies führt häufig zu einer Mehrarbeit der Mitarbeiter oder zu einer Neueinstellung von Arbeitskräften und ist zwangsläufig mit Mehrkosten für den ArbG verbunden. Somit besteht ein großes Interesse an dem Gesundheitszustand jedes einzelnen Bewerbers.

Für den ArbN dagegen ist diese Bekanntgabe mit erheblichen Nachteilen verbunden. Der Schutz seines höchstpersönlichen Bereichs durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, 823 I BGB wird durch eine umfassende Offenbarungspflicht eingeschränkt. Die lückenlose Angabe erlittener Krankheiten verringert weiterhin die Aussicht auf die erwünschte Arbeitsstelle. Auch wenn durch Erkrankungen die Arbeitsleistung des ArbNs nicht beeinträchtigt wird, bevorzugt der ArbG in der Regel gesunde Mitarbeiter mit im übrigen gleichen Voraussetzungen. Eine Ablehnung des Bewerbers kann aber für diesen mit erheblichen persönlichen und finanziellen Nachteilen verbunden sein.

Es bedarf daher einer sorgfältigen Interessenabwägung bei jeder einzelnen Bewerbung, um festzustellen, ob ein rechtlich billigenswertes und schutzwürdiges Interesse des ArbGs an der Kenntnis von Krankheiten des ArbNs besteht und demnach der Bewerber verpflichtet ist, seinen Gesundheitszustand zu offenbaren.

---

1) Für Angestellte vgl. auch §§ 616 BGB, 63 HGB, 133c GewO

b) Der Begriff der Krankheit im Arbeitsrecht

Krankheit wird definiert als ein medizinisch bestimmter regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der eine Heilbehandlung erforderlich macht.<sup>1)</sup> Diese Begriffsbestimmung erfährt im Arbeitsrecht jedoch insofern eine Einschränkung, als für diesen Bereich nur medizinische Krankheiten von Bedeutung sind, die zur Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit des ArbNs führen. Arbeitsrechtlich relevant sind demnach nur solche Krankheiten, die eine zumindest zeitweise Verhinderung des ArbNs an seiner Dienstleistung - also seine teilweise oder völlige Arbeitsunfähigkeit - zur Folge haben oder die Gefahr einer baldigen Arbeitsunfähigkeit in sich bergen.<sup>2)</sup> Der Begriff "Arbeitsunfähigkeit" ist dabei weit zu fassen; nach der Rspr.<sup>3)</sup> liegt Arbeitsunfähigkeit nicht nur vor, wenn der ArbN durch Krankheit physisch oder psychisch gehindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, sondern auch dann, wenn ihm eine Arbeitsleistung nicht zugemutet werden kann, obwohl sie objektiv möglich wäre.

c) Offenbarungspflicht ohne entsprechende Fragen des ArbGs

ca) Ablehnung einer generellen Offenbarungspflicht des ArbNs bei Erkrankungen, die seine Arbeitsleistung beeinträchtigen

Der allgemeine Grundsatz, daß sich die Treuepflicht des ArbNs nicht so weit erstreckt, daß er unaufgefordert dem ArbG seine gesamten persönlichen Verhältnisse zu offenbaren und im Einzelnen darzulegen hat, bezieht sich auf auf

---

1) Vgl. Jäger, Krankheit des Arbeitnehmers, 1971, S. 18; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, 1958, S. 2.

2) Vgl. Anm. 1.

3) BAG zu § 1 LohnFg BB 72, 635.

seinen Gesundheitszustand. Die Verpflichtung des Bewerbers, ungefragt alle bisherigen Krankheiten bekannt zu geben, ermöglicht dem ArbG eine umfassende Beurteilung des Gesundheitszustandes. Ein berechtigtes Interesse besteht aber nur an der Kenntnis solcher Krankheiten, die der Tauglichkeit des ArbNs für eine bestimmte Tätigkeit entgegenstehen. Eine generelle Offenbarungspflicht würde deshalb dem Persönlichkeitsrecht des ArbNs widersprechen.<sup>1)</sup>

Aus diesen Gründen wird eine spontane Offenbarungspflicht auf solche Krankheiten beschränkt, die erkennbar für das in Aussicht genommene Arbeitsverhältnis von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>2)</sup> Welche Krankheiten allerdings in einer für den ArbN erkennbaren Beziehung zu der angestrebten Arbeitsstelle stehen, wird nicht näher dargelegt. Ohne weitere Aufklärung sind diese Zusammenhänge dem ArbN jedoch vielfach unbekannt. Er ist somit gezwungen, von sich aus in Erfahrung zu bringen, welche Tauglichkeitsvoraussetzungen der Arbeitsplatz verlangt. Gänzlich überfordert ist er, wollte man von ihm eine zutreffende Beurteilung erwarten, welche seiner Krankheiten oder früheren Erkrankungen die geforderte Leistungsfähigkeit beeinträchtigt oder in absehbarer Zukunft vermindern wird.

Bei den Einstellungsverhandlungen liegt es vielmehr im Interesse des ArbGs zu erkunden, ob der Bewerber die erforderliche physische oder psychische Tauglichkeit für die zu vergebende Arbeitsstelle besitzt. Um die Eignung des ArbNs für einen bestimmten Arbeitsplatz festzustellen, gehört es zum Aufgabenbereich des ArbGs, die Voraussetzungen für eine derartige Beurteilung durch die Ausübung seines

---

1) Haberkorn, RdA, 62, 417; LAG Düsseldorf BB 56, 1106.

2) Schmid, BB 69, 631; Neumann, DB 61, 1292; Gaul, Der Arbeitsvertrag mit Führungskräften, München 1968, S. 164, Anm. 4; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb C III, S. 25 ff.

Fragerechts zu schaffen. Wollte man den ArbN zur spontanen Bekanntgabe seiner Erkrankungen verpflichten, wäre er gezwungen, primär Belange des ArbGs wahrzunehmen. Weiterhin würde die Verpflichtung des ArbNs, ungefragt seine Krankheiten mitzuteilen, entsprechende Fragen des ArbGs überflüssig machen, so daß im Ergebnis das Fragerecht des ArbGs nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers durch eine spontane Offenbarungspflicht ersetzt würde. Eine derartige Bevorzugung der Interessen des ArbGs ist jedoch sachlich nicht gerechtfertigt. Selbst wenn der Bewerber erkennt, daß der ArbG den Arbeitsplatz nur an einen völlig gesunden ArbN vergeben will, trifft ihn eine spontane Offenbarungspflicht nur in Ausnahmefällen<sup>1)</sup>, weil er nicht weiß, ob sich diese Forderung auf den Zeitpunkt des Arbeitsantritts, den Zeitraum der Einstellungsverhandlungen oder sogar auf frühere Lebensabschnitte bezieht. Auch in diesen Fällen muß der ArbG durch entsprechende Hinweise verdeutlichen, welche Krankheiten oder frühere Erkrankungen er als Hinderungsgrund für die Einstellung ansieht und den Bewerber zur Angabe dieser persönlichen Umstände auffordern.

#### cb) Spontane Offenbarungspflicht in Ausnahmefällen

Eine spontane Offenbarungspflicht kann dem ArbN jedoch in Ausnahmefällen auferlegt werden. Er ist dann zur Bekanntgabe verpflichtet, wenn seine Krankheit nicht nur zur Beeinträchtigung einer bestimmten Leistungsfähigkeit führen kann, sondern seine Arbeitsleistung generell in Frage stellt. Ein weiterer Ausnahmefall ist dann gegeben, wenn durch die Einstellung des erkrankten ArbNs eine akute Gefährdung anderer Personen eintreten kann.

#### (1) Durch Krankheit bedingte Verhinderung des Arbeitsantritts

Die Bewerbung um einen Arbeitsplatz enthält zwar nicht in-

---

1) A.A. Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 174.

cidenter die Behauptung des ArbNs, daß er die geforderte Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Arbeitsplatz besitzt; sie bringt jedoch seinen Willen zum Ausdruck, die ihm mögliche Arbeitsleistung zu erbringen. Sind ihm bei den Einstellungsverhandlungen jedoch Tatsachen bekannt, die ihn generell an einer Arbeitsaufnahme hindern, setzt er sich nicht nur in Widerspruch zu seinem Verhalten, sondern verstößt auch gegen seine Treuepflicht.<sup>1)</sup> Er erweckt dann nämlich beim ArbG die unrichtige Vorstellung, daß ihm die Erfüllung seiner Arbeitsverpflichtung möglich sei. Bei vorhersehbarer krankheitsbedingter Verhinderung ist der ArbN daher verpflichtet, den Zeitraum seiner Arbeitsunfähigkeit ungefragt bekannt zu geben. Das BAG vertritt in diesen Fällen die Auffassung<sup>2)</sup>, daß der ArbN bei den Einstellungsverhandlungen dem ArbG spontan seinen Gesundheitszustand zu offenbaren hat, wenn er damit rechnen muß, infolge einer bereits vorliegenden Krankheit seinen Arbeitsplatz zum Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses nicht besetzen zu können. Diese Entscheidung hat Helling dahingehend ausgelegt, "daß diese Pflicht nur im Zusammenhang mit dem besonderen Interesse an der Arbeitsaufnahme zu einem bestimmten Zeitpunkt besteht".<sup>3)</sup> Es ist jedoch nicht ersichtlich, welches "besondere Interesse" gerade an dem Zeitpunkt der vertraglich vereinbarten Arbeitsaufnahme vorhanden ist und ob dieses Interesse kurze Zeit später etwa wegfällt. Für den ArbG bedeutet es keinen Unterschied, ob z.B. ein Operationstermin des ArbNs mit dem Arbeitsantritt zusammenfällt oder einige Tage später erfolgt. In beiden Fällen kann der ArbN die vorgesehene Arbeit nicht ausführen. Entscheidend ist, daß dem ArbN der Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit schon bei den Einstellungsverhandlungen

---

1) Herschel, Anm. zu BAG SAE 64, 217.

2) AP Nr. 6 zu § 276 BGB, Leitsatz 2; zustimmend Jäger, a.a.O., S. 25.

3) A.a.O., S. 66.

bekannt ist und der ArbG bei Kenntnis dieser Umstände von einer Einstellung abgesehen hätte.

Wann der ArbN allerdings damit rechnen muß, die Arbeitsleistung infolge seiner Erkrankung nicht erbringen zu können, hat das BAG offengelassen. Die Rechtspflicht zur unbefragten Aufklärung besteht dann, wenn der ArbN bei seiner Bewerbung schon Gewißheit über seine Arbeitsunfähigkeit während des neuen Arbeitsverhältnisses hat, etwa bei vereinbarten Operationsterminen<sup>1)</sup> oder Kuraufenthalten; im übrigen ist sie von jedem einzelnen Krankheitsverlauf abhängig.<sup>2)</sup> Weiß der ArbN nach Auskunft seines Arztes, daß er an einer Krankheit leidet, die eine Arbeitsunfähigkeit von längerer Dauer zur Folge hat oder die mit größter Wahrscheinlichkeit zur Verhinderung der Arbeitsaufnahme führt, weil z.B. eine Operation in nächster Zeit unumgänglich ist, muß er diese Tatsachen dem ArbG ungefragt mitteilen.

Herschel<sup>3)</sup> befürwortet eine spontane Offenbarungspflicht auch dann, wenn es sich bei der Erkrankung um einen nur vorübergehenden Zustand handelt, der die Arbeitsaufnahme oder die spätere Ausübung der Tätigkeit möglicherweise verhindern kann. Um den ArbN mit einer kurzfristigen gesundheitlichen Schädigung jedoch nicht völlig vom Erwerbsleben auszuschließen, muß die Arbeitsunfähigkeit von längerer Dauer sein. Leichtere Erkrankungen und kleine Eingriffe, die nach den Erfahrungen des täglichen Lebens zu der Hoffnung berechtigen, daß sie beim Arbeitsantritt überwunden sind, braucht der Bewerber daher nicht ungefragt bekannt zu geben (z.B. grippale Infekte, Blinddarmsoperation).<sup>4)</sup>

---

1) Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 174.

2) Nach LAG Schleswig DB 69, 2092 besteht eine Offenbarungspflicht selbst bei unheilbaren Leiden nicht, wenn die Krankheit in Schüben auftritt und außerhalb der Schübe die Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird (Zyklothymie).

3) Anm. zu BAG SAE 64, 217.

4) Schnorr von Carolsfeld, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB.

## (2) Ansteckende Krankheiten

Ein ArbN, der an einer ansteckenden Krankheit leidet, gefährdet bei seiner Arbeit Leben und Gesundheit seiner Kollegen und der Kunden. In diesen Fällen hat der Schutz der Persönlichkeitsgüter einer Vielzahl anderer Menschen Vorrang vor dem Schutz des Persönlichkeitsrechts eines Einzelnen. Daher ist der Bewerber verpflichtet, gefährliche ansteckende Krankheiten ungefragt bekannt zu geben.<sup>1)</sup>

Helling<sup>2)</sup> lehnt auch in diesen Fällen eine spontane Offenbarungspflicht ab und verweist darauf, daß es primär eine Schutzpflicht des ArbGs sei, die Belegschaftsmitglieder vor Gefahren ansteckender Krankheiten wirksam zu schützen. Diese Schutzpflicht wäre durch eine spontane Offenbarungspflicht lediglich auf den ArbN übertragen und ließe weiterhin seine Existenzsorgen unberücksichtigt. Der Sorge des ArbNs um den Arbeitsplatz steht jedoch nicht allein das Interesse des ArbGs an der Abwendung von Vermögensschäden gegenüber - im Fall der Arbeitsunfähigkeit ist der ArbG zur Lohnfortzahlung verpflichtet und hat die Produktionsmehrkosten zu tragen -, sondern auch das Interesse am Schutz vor persönlicher Gefährdung einer unbestimmten Anzahl von Menschen. Die Ansteckungsgefahr erstreckt sich auf Belegschaftsmitglieder und Außenstehende, so daß die gesundheitliche Gefährdung zur Existenzbedrohung mehrerer Personen führen kann. Selbst ohne Frage des ArbGs nach ansteckenden Krankheiten kann der Schutz persönlicher Eigenschaften des ArbNs und damit der Umfang seines Persönlichkeitsrechts nicht so weit ausgedehnt werden, daß dadurch eine akute Gefährdung Anderer zulässig wird.

---

1) H.M. LAG München, BB 51, 923; LAG Bremen WA 57, 76; Endemann, BB 53, 266; Neumann, DB 61, 1292; Schelp-Trieschmann, a.a.O., S. 14; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 1961, S. 29; Hürholz, a.a.O., S. 117.

2) A.a.O., S. 67.

Eine spontane Offenbarungspflicht des Bewerbers besteht jedoch nur für solche ansteckende Krankheiten, die eine ernste Gesundheitsbedrohung anderer Personen befürchten lassen, wie z.B. Tuberkulose, Typhus, Salmonellose, Cholera u.a..<sup>1)</sup> Leichtere Infektionskrankheiten braucht der ArbN dagegen nicht anzugeben. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß es sich zur Zeit der Bewerbung um eine noch ansteckungsfähige Erkrankung handeln muß. Haben Kontrolluntersuchungen über einen längeren Zeitraum hinaus keinen Anhaltspunkt für eine weitere Aktivität der Krankheit ergeben, so entfällt die akute Gefährdung Außenstehender. Der Bewerber kann sich dann als gesund im spezifisch arbeitsrechtlichen Sinn bezeichnen.<sup>2)</sup> Der ArbN braucht auch solche infizierenden Krankheiten nicht spontan bekannt zu geben, die nach medizinischer Auffassung nicht allein durch den im Arbeitsverhältnis bestehenden Kontakt mit anderen Personen oder die gemeinsame Benutzung hygienischer Einrichtungen übertragen werden können.<sup>3)</sup>

d) Offenbarungspflicht auf Fragen des ArbGs nach dem Gesundheitszustand

Nach einer Entscheidung des BAG ist der ArbN verpflichtet, Fragen des ArbGs nach dem Gesundheitszustand wahrheitsgemäß zu beantworten.<sup>4)</sup> Die Offenbarungspflicht des ArbNs richtet sich jedoch nach ständiger Rspr. grundsätzlich danach, ob der ArbG eine Frage gestellt hat, an deren Beantwortung

---

1) Vgl. z.B. § 17 Nr. 1-3 BSeuchG.

2) LAG Bremen ARSt XVII, 611; LAG Hamm DB 53, 256; Hessel, a.a.O., S. 30; vgl. auch § 18 BSeuchG.

3) Die Infektionsvermittlung mancher Geschlechtskrankheiten, z.B. Gonorrhoe, erfolgt beim Mann fast ausschließlich, bei der Frau überwiegend durch den Geschlechtsverkehr, vgl. Keining und Braun-Falco, Dermatologie und Venerologie 1970, S. 74.

4) BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB, Leitsatz 1.

er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse hat.<sup>1)</sup> Deshalb ist auch die Verpflichtung des Bewerbers, seinen Gesundheitszustand zu offenbaren, davon abhängig, ob das Interesse des ArbGs an einer Aufklärung das Interesse des ArbNs an der Nichtbeantwortung der Frage überwiegt.<sup>2)</sup>

da) Ablehnung einer generellen Offenbarungspflicht bei Krankheiten

Herschel<sup>3)</sup> ist der Auffassung, daß die Frage nach dem Gesundheitszustand nicht nur das wirtschaftliche Interesse des ArbGs berücksichtigt, sondern durch die umfassende Bekanntgabe von Erkrankungen des Bewerbers auch eine Basis menschlichen Vertrauens hergestellt wird. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, daß der Umfang der bei den Einstellungsverhandlungen bestehenden Treuepflicht des ArbNs wesentlich von dem erstrebten Arbeitsplatz bestimmt wird. Daher ist der ArbN allenfalls zur Bekanntgabe solcher Erkrankungen verpflichtet, die ihn für eine bestimmte Tätigkeit ungeeignet erscheinen lassen. Die Vertrauensbeziehung zwischen ArbG und dem von ihm abhängigen Arbeitsplatzbewerber ist nicht so intensiv, daß der ArbN durch Fragen dazu gezwungen werden könnte, gesundheitliche Störungen generell anzugeben und damit gleichsam sich selbst von jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit auszuschließen. Auch auf ausdrückliches Befragen würde die Verpflichtung, rückhaltlos und vollständig sämtliche früheren oder bestehenden Erkrankungen bekannt zu geben, unzumutbare Anforderungen an den Bewerber stellen. Weiterhin ist zu bedenken, daß dem ArbG durch die Lohnfortzahlungspflicht für einen ar-

---

1) BAG AP Nr. 2 und Nr. 15 zu § 123 BGB; Neumann, DB 61, 1292; Schmid, BB 69, 631.

2) Löwitsch, Anm. zu BAG SAE 71, 177; Kempster, RdA 62, 309.

3) Anm. zu BAG SAE 64, 217.

beitsunfähigen ArbN finanzielle Belastungen gesetzlich auferlegt werden. Damit kommt zum Ausdruck, daß die wirtschaftlichen Interessen des ArbGs gegenüber den Existenzsorgen des ArbNs und seiner Angehörigen für nicht so schwerwiegend befunden werden. Auch bei den Einstellungsverhandlungen würden die wirtschaftlichen Interessen des ArbGs überbewertet, wäre allein sein finanzielles Risiko für den Umfang der Offenbarungspflicht des Bewerbers ausschlaggebend.<sup>1)</sup> Der ArbG, der jederzeit mit einer Erkrankung des beschäftigten ArbNs und der damit verbundenen wirtschaftlichen Belastung rechnen muß, würde dann vollständige Auskunft über den Gesundheitszustand des Bewerbers verlangen und somit den grundrechtlichen Schutz der Individualsphäre des ArbNs außer acht lassen.

Rspr. und Literatur lehnen aus diesen Gründen ein uneingeschränktes Fragerecht des ArbGs ab und unterscheiden zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen nach den persönlichen Verhältnissen des Bewerbers.<sup>2)</sup> Indiskrete Fragen nach Erkrankungen bedeuten einen rechtswidrigen Eingriff in die durch das Persönlichkeitsrecht geschützte Intimsphäre des ArbNs und mißachten seinen Willen, so höchstpersönliche Dinge wie die gesundheitliche Verfassung vor fremdem Einblick zu bewahren.<sup>3)</sup> Unzulässig dürften die Fragen nach dem Gesundheitszustand des ArbNs auch dann sein, wenn der ArbG die Einstellung vom Ergebnis einer vorherigen ärztlichen Einstellungsuntersuchung abhängig macht.<sup>4)</sup> In diesen Fällen erhält der ArbG durch den ärztlichen Befund ausreichend Kenntnis von dem Gesundheitszustand des ArbNs.

---

1) Leipold, ArbU 71, 167.

2) Vgl. z.B. BGH BVB1 57, 617; Kempter, RdA 62, 309; Wlotzke, BAB1 64, 812; Schmid, BB 69, 631, jeweils mit weiteren Literaturangaben.

3) BGH, a.a.O., S. 618.

4) Zur Zulässigkeit der ärztlichen Einstellungsuntersuchungen vgl. Schmid, BB 69, 631 ff.; Helling, a.a.O., S. 67 ff.

Eine Offenbarungspflicht des Bewerbers besteht daher nur dann, wenn sachlich berechnigte Gründe die Mitteilung des Gesundheitszustandes durch den Bewerber erfordern. Um einen ausreichenden Schutz der Individualsphäre des ArbNs zu gewährleisten und eine richterliche Nachprüfung zu ermöglichen, müssen bei der Beurteilung, ob ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung von Fragen nach Erkrankungen vorliegt, objektive Maßstäbe Anwendung finden.<sup>1)</sup> Ein Interesse des ArbGs an der Kenntnis früherer Krankheiten des Bewerbers kann z.B. dann nicht mehr als berechnigt und schutzwürdig anerkannt werden, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind<sup>2)</sup> und sich nicht mehr auf die körperliche Leistungsfähigkeit des ArbNs auswirken. Daher braucht der ArbN auch auf eine entsprechende Frage hin keine Auskunft über verheilte Knochenbrüche oder erfolgreich verlaufene chirurgische Operationen ohne weitere Nachwirkungen (z.B. Blinddarmoperation, Leistenbruch) zu geben. Ein berechtigtes Interesse wird jedoch an der Mitteilung solcher Krankheiten anzunehmen sein, die die gesundheitliche und körperliche Eignung des Bewerbers in Frage stellen können. Wann und in welchem Umfang den ArbN eine Offenbarungspflicht hinsichtlich seiner Erkrankungen trifft, richtet sich primär nach den arbeitsplatzspezifischen Anforderungen an die gesundheitliche Verfassung des ArbNs und ist weiterhin von der Dauer der geplanten Beschäftigung abhängig.

db) Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von den Anforderungen des Arbeitsplatzes

Um das Persönlichkeitsrecht des ArbNs nicht zu beeinträchtigen, darf der ArbG nur die arbeitsplatzbezogene Leistungsfähigkeit des Bewerbers beurteilen. Die Anforderungen an

---

1) Insofern ist die Entscheidung des BAG BB 70, 803, von allgemeiner Bedeutung.

2) Falkenberg, BB 70, 1015.

den Gesundheitszustand des ArbNs werden daher ausschließlich von der künftigen Tätigkeit bestimmt, und nur insoweit ist der ArbG berechtigt, über die körperliche Verfassung des ArbNs informiert zu werden.<sup>1)</sup> Auch bei - unzulässigen<sup>2)</sup> - allgemeinen Fragen nach dem Gesundheitszustand bleibt der Bewerber nur zur Mitteilung solcher Krankheiten verpflichtet, deren Kenntnis für den ArbG wegen der Besonderheit des zukünftigen Arbeitsverhältnisses von Bedeutung ist. Die Krankheiten müssen also einen konkreten sachlichen Bezug zu der speziellen Arbeitsplatztauglichkeit erkennen lassen.

Kemter<sup>3)</sup> hält die Aussage über die Art der Erkrankung nicht für erforderlich, weil der ArbG auch bei einem erkrankten ArbN im bestehenden Arbeitsverhältnis lediglich die Tatsache der Erkrankung und der damit verbundenen Arbeitsunfähigkeit erfährt; die Kenntnis der Diagnose kann er nicht beanspruchen. Bei der Bewerbung sind jedoch nicht die Voraussetzungen der Lohnfortzahlungspflicht zu überprüfen, sondern die für die Einstellungsentscheidung des ArbGs wichtige Frage, ob der Bewerber die erforderliche Tauglichkeit besitzt. Ein berechtigtes Interesse ist daher an der Kenntnis solcher Krankheiten anzunehmen, die sich nach medizinischer Erkenntnis auf die Leistungsfähigkeit des Bewerbers um einen speziellen Arbeitsplatz auswirken können, wobei es dem ArbG überlassen bleiben muß, welche leistungsbeeinträchtigenden Krankheiten er als Hinderungsgrund für eine Einstellung ansieht.

(1) Generell muß der Bewerber solche Fragen beantworten, bei denen auch ungefragt eine Offenbarungspflicht besteht, also bei ihm bekannter Arbeitsunfähigkeit, bei übertragbaren Krankheiten, für die das Beschäftigungsverbot nach

---

1) Haberkorn, RdA 62, 417.

2) Neumann, DB 61, 1292, 1293; Wlotzke, BABl 64, 813; Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 174.

3) RdA 62, 309.

§ 27 BSeuchG, § 80 BSeuchG i.V. Art. 12 BayLStVG, § 5 GschLG besteht oder bei sonstigen ansteckenden Erkrankungen, bei denen im Interesse der Mitarbeiter besondere Schutzvorkehrungen getroffen werden müssen.<sup>1)</sup>

(2) In den übrigen Fällen muß der ArbN solche Krankheiten bekannt geben, die wegen der besonderen Eigenart des Arbeitsverhältnisses von erkennbarer Bedeutung sind. Über die Anforderungen an gesundheitliche und körperliche Eigenschaften des Bewerbers muß jedoch in jedem Einzelfall entschieden werden, weil sich die Tauglichkeitsanforderungen sämtlicher Arbeitsstellen nicht katalogisieren lassen. Zu berücksichtigen ist die Art des Betriebes, die Frage, ob der ArbN eine leichte, überwiegend im Sitzen zu verrichtende Tätigkeit übernehmen will (Büro) oder ob er sich um eine schwere körperliche Arbeit bewirbt<sup>2)</sup> (Straßenbau) oder um eine auf die Dauer gesundheitsgefährdende Beschäftigung<sup>3)</sup> (Bergbau). Die arbeitsplatzspezifischen Eignungsanforderungen richten sich nach der Art der geforderten Tätigkeit. So kann die Erkrankung des ArbNs bei dem einen Leistungsplatz zu einer erheblichen Leistungsminderung führen und muß daher angegeben werden, während die Arbeitsleistung in einem anderen Betrieb nicht beeinträchtigt wird. Beispielsweise vermindert eine wiederholt auftretende Sehenscheidenentzündung die Leistungsfähigkeit einer Stenotypistin<sup>4)</sup>, während eine Verkäuferin wegen ihrer andersgerichteten Tätigkeit keiner derartigen Überbelastung ausgesetzt ist. Andererseits muß eine Verkäuferin häufige Venenentzündungen angeben, die ihre Arbeitsleistung als Stenotypistin kaum beeinträchtigen. Das gilt auch für eine

---

1) H.M. vgl. LAG München BB 51, 923; LAG Düsseldorf BB 61, 975; Falkenberg, BB 70, 1015.

2) LAG Bayern DB 51, 860.

3) LAG Bayern BB 51, 923.

4) LAG Düsseldorf BB 61, 1135.

Kellnerin, die an Krampfadern leidet.<sup>1)</sup>

Die Offenbarungspflicht betrifft auch chronische Leiden schwerer Art, die seiner Leistungsfähigkeit Brenzen setzen und erkennbar seine Verwendbarkeit für den vorgesehenen Arbeitsplatz einschränken.<sup>2)</sup> Dies gilt vor allem für chronische Berufskrankheiten<sup>3)</sup>, wenn sich der ArbN bei einem anderen Betrieb um eine gleichgeartete Tätigkeit bewirbt und sich dadurch erneut derselben gesundheitlichen Gefährdung aussetzt (Bergarbeiter mit Silikose, Asbestarbeiter mit Asbestose, Vergiftungen oder Lärmtaubheit bei Metallarbeitern, Hautkrankheiten bei Textilarbeitern, Augenkrankheiten bei Glasarbeitern). Aber auch Leiden, die ständig die allgemeine Leistungsfähigkeit nicht unerheblich herabsetzen, sind zu offenbaren, z.B. Schwerhörigkeit<sup>4)</sup> oder schwere Herzkrankheit.<sup>5)</sup>

dc) Die Abhängigkeit der Offenbarungspflicht von der Dauer des Arbeitsverhältnisses

Der Umfang der Offenbarungspflicht bei Krankheiten ist auch von der geplanten Beschäftigungsdauer abhängig. Bei einem befristeten Arbeitsvertrag bis zu 4 Wochen oder einem Arbeitsvertrag mit erheblich verkürzter Beschäftigungszeit treffen den ArbG keine größeren finanziellen Belastungen, weil er nicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle des Arbeitnehmers verpflichtet ist, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 Lohnfortzahlungsg. Der ArbG hat daher auch kein

---

1) LAG Düsseldorf DB 61, 576.

2) LAG Schleswig-Holstein, BB 69, 1354; für chronische Kreislaufstörungen vgl. ArbG Essen, PrAR KSchG § 1 Abs. 2 Nr. 372.

3) Bleistein, BlSteuSozuArbR 69, 174.

4) ArbG Wilhelmshaven ARSt XV Nr. 482.

5) Kemter, RdA 62, 309.

schutzwürdiges Interesse an der Kenntnis solcher Erkrankungen, die einer längeren körperlichen Beanspruchung des ArbNs entgegenstehen würden. Ein ArbN, der nur vorübergehend zur Aushilfe eingestellt werden soll, braucht daher keine früheren Krankheiten anzugeben, mit deren erneutem Auftreten wegen der kurzfristigen Beschäftigung nicht zu rechnen ist. Seine Offenbarungspflicht beschränkt sich auf solche Erkrankungen, von denen er weiß, daß sie seine Leistungsfähigkeit auch bei einem kurzfristigen Arbeitsverhältnis beeinträchtigen.

## 2. Die Pflicht des ArbGs, bei bestehendem Arbeitsvertrag seine Arbeitsunfähigkeit bekanntzugeben

Ein ArbG kann im Krankheitsfalle des ArbNs die erforderlichen Dispositionen für eine notwendige Umbesetzung oder Vertreterbestellung nur dann treffen, wenn er von der Arbeitsverhinderung des ArbNs Kenntnis erlangt.

Lehre und Rspr.<sup>1)</sup> haben daher schon frühzeitig aus der im Arbeitsverhältnis bestehenden Treuepflicht eine Verpflichtung des ArbNs abgeleitet, den ArbG unverzüglich - also ohne schuldhaftes Zögern, vgl. § 121 BGB - von seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu unterrichten. Diese Offenbarungspflicht ist in § 9 Abs. 1 des Lohnfortzahlungsgesetzes vom 27.9.1969 normiert worden. Danach ist der ArbN verpflichtet, dem ArbG die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen.

Die Art der Erkrankung braucht der ArbN allerdings nicht mitzuteilen, weil in der Regel keine sachlich berechtigten Interessen des ArbGs an ihrer Kenntnis bestehen.<sup>2)</sup>

---

1) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 38; Bobrowski-Gaul, a.a.O., S. 407.

2) Kemter, RdA 62, 309.

In Ausnahmefällen kann der ArbN jedoch zu ihrer Bekanntgabe gezwungen werden. Wenn z.B. bei dem ArbN eine gefährliche ansteckende Krankheit festgestellt wird, sind sofortige Schutzmaßnahmen (Untersuchungen, Impfungen, Isolierung) für die übrigen Mitarbeiter erforderlich. Leidet der ArbN an einer Erkrankung, die zu einer Arbeitsunfähigkeit von nicht absehbarer Dauer führt, muß er sie ebenfalls mitteilen; um den Betriebsablauf nicht zu gefährden, wird der ArbG dann eine Neubesetzung der Stelle vornehmen.

### III Schwangerschaft der Arbeitnehmerin

#### 1. Die Pflicht der ArbNin, bei der Stellenbewerbung von einer Schwangerschaft Kenntnis zu geben

- a) Die unterschiedlichen Interessen von ArbG und ArbNin an der Bekanntgabe der Schwangerschaft

Bei der Beschäftigung einer schwangeren ArbNin werden dem ArbG durch das Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter<sup>1)</sup> umfangreiche Pflichten auferlegt.

Für den Zeitraum der Schwangerschaft ist die Leistungsfähigkeit der werdenden Mutter erheblich eingeschränkt; nach §§ 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG besteht für werdende Mütter sechs Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Entbindung ein generelles Beschäftigungsverbot. Schwangeren ist für die ärztliche Untersuchung Freizeit zu gewäh-

---

1) In der Fassung der Bekanntmachung vom 18.4.1968 BGBl I S. 315 und BGBl I S. 305.

ren, stillenden Müttern ist die zum Stillen erforderliche Zeit freizugeben, §§ 16, 7 MuSchG. Um die Gesundheit der werdenden Mutter und die Entwicklung des Embryos, bzw. Foetus, nicht zu gefährden, enthält § 4 MuSchG weitere Beschäftigungsverbote für bestimmte Tätigkeiten. Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit dürfen Schwangere nicht durchführen, § 8 MuSchG.

Damit der werdenden Mutter während ihrer Schwangerschaft keine finanziellen Nachteile entstehen, ist der ArbG nach §§ 11, 7 Abs. 2 MuSchG verpflichtet, den durchschnittlichen Arbeitsverdienst weiterzuzahlen. Eine berufliche Benachteiligung wird durch das Kündigungsschutzgesetz ausgeschlossen, § 9 MuSchG.

Bei der Einstellung einer schwangeren ArbNin wird der ArbG zwangsläufig den Belastungen des MuSchG ausgesetzt. Der ArbG hat deshalb ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran, bereits im Laufe der Einstellungsverhandlungen zu erfahren, ob die Bewerberin in anderen Umständen ist; diese Feststellung ist erforderlich, damit sich der ArbG nicht unerwartet den Geboten des Mutterschutzrechts gegenüber sieht.

Wegen der erheblichen Belastungen für den ArbG wird eine schwangere ArbNin nicht erwarten können, einen Arbeitsplatz zu erhalten. Die Gewißheit, arbeitslos zu bleiben, wirkt sich auch auf die Kündigungsmöglichkeit der schwangeren ArbNin aus; ihr wird ein Wechsel der Arbeitsstelle praktisch unmöglich gemacht.<sup>1)</sup>

Eine derartige berufliche und finanzielle Benachteiligung der werdenden Mutter könnte aber nur dadurch ausgeschlossen werden, daß sie ihre Schwangerschaft bei den Einstellungsverhandlungen nicht anzugeben braucht. Für diese Auffassung spricht auch das Argument, daß der ArbG bei der

---

1) Molitur, Anm. zu BAG SAE 62, 119.

Beschäftigung von Frauen generell mit dem Eintritt einer Schwangerschaft rechnen muß; es bedeutet für ihn praktisch keinen Unterschied, ob die ArbNin schon kurz vor oder kurz nach der Einstellung schwanger wird.

b) Offenbarungspflicht ohne entsprechende Frage des ArbGs

Nach herrschender Meinung in Literatur<sup>1)</sup> und Rspr.<sup>2)</sup> besteht - von Ausnahmefällen abgesehen - keine Verpflichtung der werdenden Mutter, ihre Schwangerschaft bei Einstellungsverhandlungen ungefragt bekanntzugeben. Der ArbNin ist nicht zuzumuten, spontan ihren Zustand zu offenbaren, weil sie damit von vornherein den Abschluß eines Arbeitsvertrages verhindert. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß bei Angaben aus der durch das Persönlichkeitsrecht geschützten Intimsphäre besonders strenge Anforderungen an die spontane Offenbarungspflicht zu stellen sind.<sup>3)</sup> Eine spontane Offenbarungspflicht läßt sich auch nicht mit § 5 MuSchG begründen, wonach die ArbNin dem ArbG ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen soll. Der Anwendung dieser Vorschrift bei Vertragsverhandlungen steht schon entgegen, daß das MuSchG der werdenden Mutter nur den durch gültigen Arbeitsvertrag erworbenen Arbeitsplatz und ihre wirtschaftliche Versorgung aus diesem wirksam eingegangenen Arbeitsverhältnis gewährlei-

---

1) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 733; Nikisch, Bd. I, S. 814; Gröninger-Thomas, § 5 MuSchG Anm. 2 b; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 14; Meisel-Hirseman, § 5 MuSchG Anm. 4; Jäger, a.a.O., S. 26, 28; Neumann, DB 61, 1292; Blei-stein, BlSteuSozuArbR 69, 173; Haberkorn, RdA 62, 417; Hoppe, BlSteuSozuArbR 72, 376.

2) BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG; LAG Düsseldorf BB 56, 1106; LAG München BB 53, 979; LAG Düsseldorf DB 53.

3) Kemter, RdA 62, 309.

sten will<sup>1)</sup>, nicht aber der ArbNin irgendwelche Pflichten beim Abschluß des Arbeitsvertrages auferlegt. Bulla<sup>2)</sup> verweist bei der Ablehnung einer spontanen Offenbarungspflicht zusätzlich auf die "allgemeine Tendenz" des MuSchG. Nach § 1 MuSchG sollen jedoch nur die schon im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen geschützt werden<sup>3)</sup>; es scheint daher verfehlt, bereits bei den Einstellungsverhandlungen Sinn und Zweck dieses Schutzgesetzes zu berücksichtigen.

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen der ArbG ohne zu fragen, über die Schwangerschaft unterrichtet werden muß, weil ihm die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Schwangeren nicht zumutbar ist. Diese Ausnahmefälle der spontanen Offenbarungspflicht werden im Folgenden untersucht.

#### ba) Spontane Offenbarungspflicht in Ausnahmefällen

##### (1) Abhängigkeit von der Art der Tätigkeit

Ein berechtigtes Interesse des ArbGs, bei den Einstellungsverhandlungen auch ohne ausdrückliche Frage nach der Schwangerschaft der ArbNin unterrichtet zu werden, liegt nach Bulla<sup>4)</sup> dann vor, "wenn das Arbeitsverhältnis nach dem von den Parteien gesetzten Vertragszweck im Zustande der Schwangerschaft im Hinblick auf die sofortigen oder späterhin wirksamen Beschäftigungsverbote des MuSchG bei objektiver Beurteilung nicht durchgeführt werden kann und daher die Übernahme der vertraglich zu leistenden Arbeit undenkbar erscheint oder doch über das dem ArbG zumutbare Durchschnittsmaß hinaus wesentlich erschwert wird". Nach dieser Auffassung wird praktisch jede ArbNin gezwungen,

---

1) BAG SAE 63, 34; BAG SAE 62, 120; BAG AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG.

2) Bulla, § 5 KSchG Anm. 14.

3) Vgl. Anm. 1.

4) § 5 MuSchG Anm. 14 mit umfangreicher Literaturangabe.

bei Vertragsverhandlungen ihre Schwangerschaft bekanntzugeben, weil schon die generellen Beschäftigungsverbote des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG (Zeitraum vor und nach der Entbindung) jede Tätigkeit der ArbNin vorübergehend verbieten. Dieser zeitweilige Arbeitsausfall und die damit verbundenen Belastungen werden dem ArbG jedoch nach dem MuSchG zugemutet<sup>1)</sup> und vermögen daher keine spontane Offenbarungspflicht zu begründen.

Eine derartige Pflicht wird schon eher bei der Bewerbung um solche Tätigkeiten anzunehmen sein, die nach den Beschäftigungsverboten des § 3 Abs. 1 (Gefährdung von Mutter und Kind nach ärztlichem Attest im Einzelfalle) und § 4 MuSchG (generelle Gefährdung von Mutter und Kind) nicht ausgeübt werden dürfen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß einige dieser Arbeiten erst nach gewisser Zeit nicht mehr oder nur noch in vermindertem Umfang durchgeführt werden können, so daß die ArbNin nur zeitweise durch ihre Schwangerschaft in ihrer Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird. Wegen des großen Interesses der schwangeren ArbNin, einen Arbeitsplatz zu erhalten, und der Möglichkeit, die angestrebte Arbeit zumindest teilweise erbringen zu können, sollte für die Verpflichtung zur spontanen Bekanntgabe ausschlaggebend sein, ob die Schwangerschaft der Bewerberin den Anforderungen des Arbeitsplatzes bereits zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme entgegensteht.

Eine spontane Offenbarungspflicht setzt nach der Rspr. weiterhin voraus, daß sich die schwangere Bewerberin der besonderen Umstände oder des besonderen Vertragszwecks bewußt sein muß, die eine Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Zustande der Schwangerschaft nicht gestatten oder ausnahmsweise dem ArbG nicht zumutbar erscheinen lassen.<sup>2)</sup>

---

1) Helling, a.a.O., S. 60; Bulla, a.a.O., Anm. 16 f.

2) LAG Frankfurt RdA 49, 269.

Die Bedeutung der Schwangerschaft für das Arbeitsverhältnis ist besonders bei solchen Arbeitsplätzen nicht ohne weiteres erkennbar, deren Ausübung einer werdenden Mutter auf Grund des Beschäftigungsverbotes des § 4 Abs. 2 Ziff. 2 MuSchG erst nach Ablauf des fünften Schwangerschaftsmonats - und dann nur zeitweise - untersagt wird. Wenn der ArbG bei Vertragsverhandlungen über derartige Arbeitsplätze nicht nach dem Bestehen einer Schwangerschaft fragt oder Hinweise unterläßt, daß er die Einstellung von einer mehrmonatigen Arbeitsleistung nach der Arbeitsaufnahme abhängig macht, braucht die Bewerberin ihre Schwangerschaft nicht spontan mitzuteilen. Einer Verkäuferin z.B. ist es ohne entsprechenden Hinweis kaum möglich, zu erkennen, wann dem ArbG die Beschäftigung einer Schwangeren nicht mehr zugemutet werden kann. Bei der Beurteilung dieses Problems auf den Kundenverkehr<sup>1)</sup>, die Größe des Betriebes<sup>2)</sup> oder seine finanzielle Lage abzustellen, ist sachlich nicht berechtigt, weil auch andersgeartete oder kleinere Betriebe mit Arbeitsausfällen rechnen müssen.<sup>3)</sup> Wenn auch primär die besonderen Begleitumstände des Einzelfalles entscheidend sind, lassen doch die divergierenden Meinungen zur spontanen Offenbarungspflicht je nach Art der Tätigkeit einen einheitlichen Maßstab vermissen. So ist eine Hausgehilfin nach der Ansicht des ArbG Bonn<sup>4)</sup> verpflichtet, ihre Schwangerschaft bei Vertragsverhandlungen bekanntzugeben, während das LAG Düsseldorf<sup>5)</sup> die gegenteilige Meinung vertritt. Eine Verkäuferin soll zur Bekanntgabe ihrer Umstände verpflichtet sein<sup>6)</sup>, während - ein sachlicher Differenzierungsgrund ist nicht ersichtlich -

---

1) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 14.

2) LAG Düsseldorf BB 63, 979.

3) Falkenberg, BB 70, 1015.

4) BB 53, 1063.

5) BB 56, 1106.

6) LAG Baden-Württemberg BB 64, 176.

eine Friseur<sup>1)</sup> oder eine Serviererin<sup>2)</sup> keine derartigen Angaben zu machen braucht.

Für eine Verpflichtung zur spontanen Bekanntgabe sollte daher ausschlaggebend sein, ob der Schwangeren die Ausübung ihrer Tätigkeit bei oder kurz nach Arbeitsaufnahme nicht möglich ist, sie also, wie bei Verhinderung durch Krankheit, gleichsam arbeitsunfähig ist. Die Untauglichkeit einer schwangeren Bewerberin für die geforderte Tätigkeit kann sich aus den absoluten Beschäftigungsverboten des § 3 Abs. 1 und § 4 MuSchG ergeben oder daraus, daß ihr die Erfüllung ihrer Vertragspflichten nach dem vereinbarten Zweck durch die Schwangerschaft offenkundig unmöglich gemacht wird. Nach einhelliger Meinung<sup>3)</sup> fallen darunter die Arbeitsverhältnisse der Bühnenkünstlerinnen, also z.B. Schauspielerin, Tänzerin, Artistin oder auch Mannequins.

(2) Abhängigkeit der spontanen Offenbarungspflicht von der Dauer der Tätigkeit

Bei einem kurzfristeten Arbeitsverhältnis kann der schwangerschaftsbedingte Arbeitsausfall nach dem MuSchG die gesamte oder einen überwiegenden Teil der Beschäftigungszeit umfassen. In diesen Fällen ist es der werdenden Mutter überhaupt nicht oder - in Relation zur vereinbarten Vertragsdauer - nur für unerheblich kurze Zeit möglich, die vertraglich übernommene Arbeitsleistung zu erbringen. Bei kurzfristigen Arbeitsverhältnissen wird man die Schwangerschaft als verkehrswesentliche Eigenschaft der ArbNin ansehen müssen, denn "die Überlegung, daß die Schwangerschaft ihrer Natur nach ein vorübergehender Zustand ist, zieht eben nicht, wenn der kurz befristete Ver-

---

1) LAG Hamburg DB 55, 364.

2) LAG Baden-Württemberg BB 64, 176.

3) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 BGB Anm. 29; Beitzke, Anm. AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 11.

trag gerade in die gesetzliche Arbeitspause des MuSchG fällt, wenn also die ArbNin bei einer nur für kürzere Zeit in Aussicht genommenen Beschäftigung infolge der Beschäftigungsverbote und Beschäftigungsbeschränkungen des MuSchG für eine im Hinblick auf die vereinbarte Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses erhebliche Zeit ausfällt".<sup>1)</sup> Ein sachlich berechtigtes Interesse des ArbGs an der Kenntnis der Schwangerschaft besteht bei kurzfristigen Arbeitsverhältnissen auch deshalb, weil der ArbG in diesen Fällen vor einem Mißbrauch der ihn belastenden Bestimmungen des MuSchG geschützt werden muß. Demnach besteht eine spontane Offenbarungspflicht der schwangeren Bewerberin bei allen befristeten Arbeitsverhältnissen, bei denen die gesetzliche Arbeitspause des MuSchG den wesentlichen Teil der Beschäftigungszeit ausmacht.

Eine andere Beurteilung ist jedoch in den Fällen erforderlich, in denen die ArbNin durch ihre Schwangerschaft noch nicht an einer kurzfristigen Arbeitsleistung gehindert wird. Solange ihre Tätigkeit keinem Beschäftigungsverbot unterliegt, braucht sie ihren Zustand auch nicht bekannt zu geben. Eine Sängerin wird z.B. in den ersten Monaten ihrer Schwangerschaft noch Konzerte geben können.

#### c) Offenbarungspflicht bei Fragen des ArbGs

Wegen der Bedeutung der Schwangerschaft für jedes Arbeitsverhältnis wird der ArbG bei den Einstellungsverhandlungen in der Regel danach fragen, ob eine Schwangerschaft besteht.

Das BAG<sup>2)</sup> hat dem ArbG ein uneingeschränktes Recht zugebilligt, die Stellenbewerberin bei den Vertragsverhandlungen nach dem Bestehen einer Schwangerschaft zu fragen. Die-

---

1) BAG AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG mit zustimmender Anm. von Beitzke; Meisel-Hirseman, § 5 MuSchG Anm. 4.

2) AP Nr. 15 zu § 123 BGB; BAG SAE 1962, 119.

se Ansicht wird auch von einem großen Teil der Lehre vertreten.<sup>1)</sup>

In seiner Entscheidung hat sich das BAG allerdings nicht mit der Meinung von Nikisch<sup>2)</sup> auseinandergesetzt, der die Frage - wie die Fragen nach Vorstrafen oder Krankheiten - für unzulässig hält, weil sie ein unberechtigtes Eindringen in die Intimsphäre der ArbNin darstellt. Helling<sup>3)</sup> begegnet dieser Auffassung mit dem Argument, daß der Schwangerschaft nur die Bedeutung eines natürlichen biologischen Vorganges zukomme und daher weder als körperlicher Mangel angesehen werden könne, noch Rückschlüsse auf den Charakter und die Persönlichkeit der ArbNin zulasse; "eine entsprechende Frage an die Bewerberin ist deshalb weniger individuell bezogen". Außerdem ist die Schwangerschaft eine Tatsache, die dem ArbG doch nicht lange verborgen bleiben kann<sup>4)</sup> und die ihm im bestehenden Arbeitsverhältnis nach § 5 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 MuSchG mitgeteilt werden soll.<sup>5)</sup> Daher ist die Schwangerschaft bei den Einstellungsverhandlungen nicht als ein intimer Vorgang zu betrachten, "um kurze Zeit später, wenn es sich darum handelt, die Vorteile des MuSchG zu genießen, darüber hinweg zu sehen".<sup>6)</sup>

Es scheint jedoch verfehlt, die von Nikisch angeführten Bedenken gegen ein uneingeschränktes Fragerecht mit den mutterschutzrechtlichen Bestimmungen entkräften zu wollen. Wie das BAG<sup>7)</sup> selbst hervorhebt, finden die Vorschriften des

---

1) Larenz, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB; Molitur, Anm. zu BAG SAE 62, 123; Beitzke, Anm. zu BAG AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG; Meisel-Hirseman, § 5 MuSchG, Anm. 5; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 733; Jäger, a.a.O., S. 27; Hoppe, BlSteuSozuArbR 72, 376.

2) Bd. I, S. 815.

3) A.a.O., S. 58.

4) Larenz, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

5) BAG SAE 62, 121.

6) Gangloff, Anm. zu LAG Düsseldorf SAE 59, 163.

7) AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

MuSchG bei den Einstellungsverhandlungen keine Anwendung, weil sie ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzen. Die Bekanntgabe auf Grund der § 5 Abs. 1 und der § 9 Abs. 1 MuSchG erfolgt außerdem im eigenen Interesse der schwangeren ArbNin, weil dieses Gesetz zu ihrem Schutz erlassen ist. Die Mitteilung der Schwangerschaft hat - worauf Mollitor<sup>1)</sup> zutreffend hinweist, nichts oder wenig mit einer Offenbarungspflicht zu tun, "die der Frage dienen soll, ob der ArbG im Einzelfall einen Arbeitsvertrag abschließen oder nicht abschließen will". Es bedeutet daher einen erheblichen Unterschied, ob die Schwangere freiwillig ihren Zustand zu ihrem eigenen Vorteil mitteilt oder durch die Offenbarungspflicht bei den Einstellungsverhandlungen dazu gezwungen wird. Anders als im Arbeitsverhältnis wirkt sich die Bekanntgabe der Schwangerschaft nachteilig auf den Vertragsabschluß aus.

Ein uneingeschränktes Recht, nach der Schwangerschaft zu fragen, wird auch mit der Vertragsfreiheit des ArbGs begründet. Ihm werden durch das MuSchG bei Vertragsabschluß keine Beschränkungen auferlegt, weil das MuSchG nur das bereits bestehende Arbeitsverhältnis schützen will, nicht dagegen die Eingehung eines Arbeitsvertrages selbst, d.h. den Erwerb des Arbeitsplatzes unter allen Umständen sichern will.<sup>2)</sup> Der ArbG kann infolgedessen frei darüber entscheiden, ob er eine werdende Mutter einstellt, und daher auch eine entsprechende Frage an die Bewerberin richten.<sup>3)</sup>

Bei dieser Auffassung wird jedoch übersehen, daß die Frage nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft die grundrechtlich geschützte Individualsphäre der Bewerberin betrifft.<sup>4)</sup>

---

1) Anm. zu BAG SAE 62, 122.

2) BAG AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG

3) Gangloff, a.a.O., S. 163.

4) Hunn, ArbUR 54, 18; 55, 204; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 16 b; Küchenhoff, RdA 69, 100; Schlessmann, a.a.O., S. 89.

Bei einer uneingeschränkten Offenbarungspflicht würde die Schwangerschaft von dem umfassenden Rechtsschutz der Intimsphäre ausgenommen. Im Vergleich zu vorbestraften oder kranken ArbNn würde die schwangere ArbNin benachteiligt. Daher muß auch in diesen Fällen die Vertragsfreiheit und damit das Fragerecht des ArbGs begrenzt werden.

Der Grundgedanke, daß Fragen, die die Individualsphäre des ArbNs betreffen, nur dann und auch nur insoweit gerechtfertigt sind, als dafür ein sachlich begründetes Interesse des ArbGs bestehen muß<sup>1)</sup>, sollte auch bei Fragen nach dem Bestehen einer Schwangerschaft beachtet werden. Nur wenn sich die Belange des ArbGs - objektiv gesehen - als die gewichtigeren erweisen, hat die an sich gegebene Unverletzbarkeit der Individualsphäre der ArbNin zurückzutreten. Demnach muß ein berechtigtes, von der Rechtsordnung gebilligtes und für schutzwürdig zu erachtendes Interesse des ArbGs an der Kenntnis der Schwangerschaft vorliegen, um die werdende Mutter auf eine entsprechende Frage hin zur Bekanntgabe ihres Zustandes zu verpflichten.<sup>2)</sup>

Auf Grund der gesetzlichen Beschränkungen der Beschäftigungsmöglichkeiten und der finanziellen Lasten durch das MuSchG hat das BAG in einer früheren Entscheidung dem ArbG generell ein berechtigtes Interesse zugestanden, während der Einstellungsverhandlungen nach dem Bestehen einer Schwangerschaft zu fragen.<sup>3)</sup> Anders als bei Vorstrafen oder Krankheiten wirken sich diese Belastungen zwangsläufig in naher Zukunft auf das Arbeitsverhältnis aus.

Die mit der Einstellung einer schwangeren ArbNin verbundenen finanziellen Nachteile für den ArbG sind jedoch durch das Finanzänderungsgesetz vom 21.12.1967 erheblich verrin-

---

1) BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

2) Falkenberg, BB 70, 1015.

3) BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

gert worden. werdende Mütter erhalten während der Schutzfristen der §§ 2 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG Mutterschaftsgeld nach §§ 195 ff. RVO, das zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung geht, die ihrerseits vom Bund einen Pauschalbetrag für jede Leistung erstattet erhält, § 200 d, Abs. 1 RVO. In den Fällen § 13 MuSchG trägt der Bund die Kosten direkt und in voller Höhe. Auch ist anerkannt, daß die Vorschriften über die Pflicht zur Lohnfortzahlung bei Beschäftigungsverboten dann nicht den ArbG belasten dürfen, wenn der durch die Beschäftigungsverbote des MuSchG erfolgte Zweck an sich von der Allgemeinheit erfüllt werden müßte.<sup>1)</sup> Insofern werden die mit dem Gesundheitsschutz für Mutter und Kind verbundenen finanziellen Belastungen primär von der Öffentlichkeit getragen. Der ArbG bleibt nur in den engen Grenzen der §§ 11 und 14 Abs. 1 MuSchG zur Leistung verpflichtet.<sup>2)</sup>

Weiterhin ist zu bedenken, daß das BAG in seiner grundlegenden Entscheidung das Interesse der ArbNin an der Erlangung des Arbeitsplatzes völlig unberücksichtigt gelassen hat.<sup>3)</sup> Jeder ArbG muß jedoch "die Grundentscheidung unserer Rechtsordnung respektieren, die den Frauen nicht nur das Recht, sondern in besonderen Fällen sogar die Pflicht auferlegt, erwerbstätig zu sein".<sup>4)</sup> Weil viele Tätigkeiten - z.B. Büroarbeiten - auch von einer schwangeren ArbNin bis zum Eintritt der Schutzfristen ausgeübt werden können und der ArbG bei der Einstellung weiblicher Arbeitskräfte erfahrungsgemäß ständig mit schwangerschaftsbedingtem Arbeitsausfall rechnen muß, erscheint es nicht gerechtfertigt, dem ArbG ein uneingeschränktes Fragerecht bei den Einstellungsverhandlungen einzuräumen und dadurch werden die Mütter gänzlich vom Erwerbsleben auszuschließen.

---

1) BAG AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG.

2) Falkenberg, BB 70, 1015.

3) Ders.

4) LAG Hamm DB 69, 2354.

Aus diesen Gründen ist der Meinung Vorzug zu geben, daß die Frage des ArbGs nach dem Bestehen einer Schwangerschaft nur zulässig ist, wenn besondere - über die mutterschutzrechtlichen Belastungen durch die Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG hinausgehende - Umstände vorliegen.<sup>1)</sup> Sie begründen im Einzelfall - wie im Folgenden ausgeführt wird - das berechtigte Interesse des ArbGs, durch die Bewerberin über ihre Schwangerschaft unterrichtet zu werden. Diese besonderen Verhältnisse müssen der schwangeren ArbNin auch erkennbar sein; bei einer lediglich routinemäßigen Frage nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft besteht in der Regel keine Offenbarungspflicht der werdenden Mutter.<sup>2)</sup>

ca) Abhängigkeit von der Art der Tätigkeit

Ein berechtigtes Interesse des ArbGs an der Kenntnis der Schwangerschaft und demgemäß eine Verpflichtung der werdenden Mutter zur Bekanntgabe ihres Zustandes auf eine entsprechende Frage wird dann vorliegen, wenn die Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Zustand der Schwangerschaft nach seinem speziellen Vertragszweck und nach der Art der Arbeitsleistung nicht vorstellbar ist.<sup>3)</sup> Das ist der Fall, wenn die zu übernehmende Tätigkeit wegen der Schwangerschaft überhaupt nicht ausgeübt werden kann oder die Leistungsfähigkeit der ArbNin erheblich vermindert und dem ArbG ihre Einstellung daher nicht zumutbar ist. Der ArbG ist vor allem bei solchen Vorverhandlungen zu Fragen berechtigt, bei denen bereits eine spontane Offenbarungspflicht der schwangeren Bewerberin besteht; sei es, daß

---

1) LAG Düsseldorf SAE 59, 161, Leitsatz 1; LAG Hamburg DB 52, 512; Vorinstanz des BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB; Falkenberg, a.a.O., S. 1015; Nikisch, a.a.O., S. 815; Neumann, a.a.O., S. 1292; Bobrowski-Gaul, a.a.O., B II 12; Neumann-Duesberg, JZ 62, 205; Leipold, ArbUR 71, 167; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 16, 17 mit weiteren Nachweisen.

2) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 17 a.

3) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 16 f.

Beschäftigungsverbote des MuSchG bereits bei Arbeitsantritt oder während der gesamten Dauer der Schwangerschaft der vertraglich zu übernehmenden Arbeitsleistung entgegenstehen, sei es, daß die Eignungsanforderungen von einer Schwangeren offensichtlich nicht erfüllt werden können, z.B. bei Bühnenkünstlerinnen. Auch bei Einstellungsverhandlungen über Arbeiten, die normalerweise von einer werden Mutter ausgeübt werden könnten, wie z.B. Kontoristin oder Stenotypistin<sup>1)</sup>, kann in Einzelfällen eine Frage nach dem Zustand der Bewerberin zulässig sein. Voraussetzung ist allerdings, daß der ArbG in diesen Fällen auf das Erfordernis einer längeren Arbeitsfähigkeit der ArbNin hinweist und sein Interesse an der Kenntnis der Schwangerschaft bei objektiver Beurteilung auch als billigenswert und schutzwürdig anzuerkennen ist. So wird man die Frage dann als berechtigt anzusehen haben, wenn die ArbNin für besonders wichtige, fristgemäß zu erledigende Arbeiten eingestellt werden soll<sup>2)</sup> oder wenn eine zunächst recht lange Einarbeitungszeit erforderlich ist oder wenn es sich um die Einstellung der einzigen Arbeitskraft handelt, die mit Rücksicht auf den Fortgang des Geschäftes oder Betriebes nicht entbehrt werden kann.<sup>3)</sup>

Demnach sind für das Bestehen der Offenbarungspflicht der schwangeren ArbNin bei den Einstellungsverhandlungen primär die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles entscheidend.

#### cb) Abhängigkeit von der Dauer der Tätigkeit

Neben der besonderen Eigenart der vorhergesehenen Arbeit kann auch die Dauer der vertraglich zu übernehmenden Tätigkeit den Umfang der Offenbarungspflicht beeinflussen. Während bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen der schwan-

---

1) LAG München BB 53, 979; LAG Frankfurt BB 53, 860.

2) Falkenberg, a.a.O., S. 1015.

3) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 17 a; LAG Düsseldorf DB 62, 1701.

gerschaftsbedingte Arbeitsausfall der ArbNin sich auf die Gesamtdauer ihrer Beschäftigungszeit in der Regel nur unerheblich auswirkt, können die Schutzfristen des MuSchG bei kurzfristigen Arbeitsverträgen einen wesentlichen Teil der vereinbarten Vertragszeit umfassen. Die schwangere ArbNin kann während der befristeten Vertragsdauer ihre Arbeitsleistung überhaupt nicht oder nur in erheblich verringertem Umfang erbringen; ihr ist es nicht möglich, dem Vertragszweck gerecht zu werden.<sup>1)</sup> Bei der Bewerbung um eine kurzfristige Beschäftigung muß die werdende Mutter ihren Zustand bereits spontan offenbaren. Der ArbG ist in diesen Fällen berechtigt, eine entsprechende Frage zu stellen, um die Bewerberin auf ihre Verpflichtung aufmerksam zu machen.

## 2. Offenbarungspflicht bei bestehendem Arbeitsverhältnis

Nach § 5 Abs. 1 MuSchG sollen werdende Mütter dem ArbG ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald ihnen ihr Zustand bekannt ist.

Nach h.M.<sup>2)</sup> begründet diese Vorschrift weder eine Offenbarungspflicht der schwangeren ArbNin, noch handelt es sich um eine Last im juristischen Sinne, sondern bedeutet lediglich eine nachdrückliche Empfehlung an die werdende Mutter. Diese Auffassung wird aus der Formulierung der Gesetzesbestimmung als bloße Sollvorschrift<sup>3)</sup> sowie aus dem Zweck der Norm gefolgert, wonach die Mitteilung an den ArbG nur erfolgen soll, damit der ArbG auf die Einhaltung der Beschäf-

---

1) Beitzke, Anm. zu BAG AP Nr. 2 § 9 MuSchG; BAG SAE 63, 33; Ramm, a.a.O., S. 59.

2) Schmatz-Zmarzlik, § 5 MuSchG Anm. 1; Kuntzmann-Auert, § 5 MuSchG Anm. 1; Meisel-Hirseman, § 5 MuSchG Anm. 8; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 11; Aye, § 5 MuSchG Anm. 1; Köst, § 5 MuSchG Anm. 2 und 5 jeweils mit weiteren Nachweisen.

3) LAG Düsseldorf BB 61, 450; Töns, § 5 MuSchG Anm. 1.

tigungsverbote achten könne.<sup>1)</sup> Arbeitsschutzgesetze erlegen zudem in der Regel nur dem ArbG echte Rechtspflichten auf, nicht aber denjenigen Personen, zu deren Schutz sie erlassen sind.<sup>2)</sup> Auch die Mitteilung nach § 5 MuSchG soll nur den Schutz der werdenden Mutter und erwarteten Kindes bezwecken<sup>3)</sup>; ein Verstoß gegen diese Vorschrift durch die schwangere ArbNin ist nach § 21 MuSchG weder strafbar noch ordnungswidrig und deshalb kann die Bekanntgabe ihres Zustandes vom ArbG auch nicht erzwungen werden.<sup>4)</sup>

Weil § 5 MuSchG der werdenden Mutter keine gesetzliche Verpflichtung zur Offenbarung ihres Zustandes auferlegt, steht der Zeitpunkt der Mitteilung mutterschutzrechtlich "praktisch in ihrem Belieben".<sup>5)</sup> Wegen etwaiger Beschäftigungsverbote und der Gestaltung des Arbeitsplatzes liegt es jedoch im Interesse ihrer und der Gesundheit ihres Kindes, die Schwangerschaft dem ArbG möglichst frühzeitig bekanntzugeben.

Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann sich jedoch über die Schutzvorschrift des § 5 MuSchG hinaus aus der allgemeinen Treuepflicht eine Rechtspflicht der ArbNin zur Offenbarung ihrer Schwangerschaft ergeben.<sup>6)</sup>

Nach h.M.<sup>7)</sup> besteht diese Pflicht allerdings nicht allgemein, sondern folgt aus den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles, "weil sonst das mit der "Soll"-Vorschrift in § 5 Abs. 1 MuSchG verfolgte Ziel illusorisch würde".<sup>8)</sup>

---

1) Herschel, BABl 52, 103.

2) Meisel-Hiersemann, § 5 MuSchG Anm. 8; Schulte-Langforth, BB 52, 62.

3) BAG AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG LAG Düsseldorf BB 61, 450.

4) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 10.

5) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 19.

6) H.M. vgl. Schaub, Arbeitsrechthandbuch 1972, S. 77; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 20, 12 ff.; Schmatz-Zmarzlik, § 5 MuSchG Anm. 1; Hoppe, BlSteuSozuArbR 72, 375.

7) BAG AP Nr. 2 § 9 MuSchG; Meisel-Hiersemann, § 5 MuSchG Anm. 4.

8) Bulla, § 5 MuSchG Anm. 13.

Demnach ist die Offenbarungspflicht von den gleichen Voraussetzungen abhängig, die für die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Schwangerschaft bei den Einstellungsverhandlungen gefordert wird; die für diesen Bereich entwickelten Grundsätze zur Offenbarungspflicht finden also auch im bestehenden Arbeitsverhältnis Anwendung.<sup>1)</sup>

Weiterhin ist zu bedenken, daß die arbeitsvertragliche Treuepflicht von der ArbNin eine erhöhte Rücksichtnahme auf die betrieblichen Interessen verlangt. Die Auslegung des § 5 Abs. 1 MuSchG ergibt zwar, daß die mutterschutzrechtlichen Belastungen des ArbGs kein berechtigtes Interesse an einer unverzüglichen Kenntnis<sup>2)</sup> der Schwangerschaft zu begründen vermögen: Eine sehr späte Mitteilung kann aber zu weiteren betrieblichen Nachteilen führen, weil es dem ArbG unmöglich gemacht wird, für die Ausfallzeit eine geeignete Ersatzkraft zu finden. Die daraus resultierenden Schäden können von der ArbNin durch eine rechtzeitige Mitteilung ihres Zustandes abgewendet werden. Deshalb verlangt die Treuepflicht eine derartige Unterrichtung zumindest dann, wenn die ArbNin erkennen kann, daß ihre Arbeitsstelle während der Zeit des schwangerschaftsbedingten Arbeitsausfalles neu besetzt werden muß. In diesen Fällen ist die ArbNin vertraglich verpflichtet, dem ArbG so rechtzeitig ihre Schwangerschaft bekanntzugeben, daß dieser durch entsprechende Disposition für Abwendung oder Minderung des drohenden Schadens sorgen kann.<sup>3)</sup>

Weil die ArbNin die Schwangerschaft allerdings nur mitzuteilen braucht, sobald ihr ihr Zustand bekannt ist<sup>4)</sup>, kann sie mit der Unterrichtung des ArbGs warten, bis eine Gravi-

---

1) LAG Düsseldorf DB 61, 450; Meisel-Hiersemann, § 5 MuSchG Anm. 4; Bulla, § 5 MuSchG Anm. 13.

2) So jedoch Gröninger-Thomas, § 5 MuSchG Anm. 2 c.

3) Köst, § 5 MuSchG Anm. 22; Kuntzmann-Auert, § 5 MuSchG Anm. 1; LAG Württemberg BB 57, 930; a.A. Bulla, § 5 MuSchG Anm. 13 und die dort aufgeführte Literatur.

4) § 5 Abs. 1 Satz 1 MuSchG.

dität nachgewiesen ist oder Symptome vorliegen, die einen sicheren Schluß auf das Bestehen einer Schwangerschaft zulassen.<sup>1)</sup> Eine auf ungewisse Anzeichen gestützte Vermutung reicht nicht aus.<sup>2)</sup> Allerdings muß sich die ArbNin dann, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Bestehen einer Schwangerschaft deuten, Gewißheit über ihren Zustand verschaffen.<sup>3)</sup>

Es genügt aber auch die Mitteilung der ArbNin, daß sie vermutlich schwanger sei. Der ArbG kann in diesen Fällen von der ArbNin ein Schwangerschaftszeugnis verlangen.<sup>4)</sup>

#### IV Schwerbeschädigung des Arbeitnehmers

##### 1. Spontane Offenbarungspflicht des schwerbeschädigten ArbNs in Ausnahmefällen

Nach überwiegender Auffassung ist ein ArbN grundsätzlich nicht verpflichtet, spontan seine Erwerbsbeschränkung bekanntzugeben, weil es im allgemeinen dem ArbG obliegt, sich nach dem Vorliegen einer Schwerbeschädigung zu erkundigen.<sup>5)</sup> Ein behinderter Bewerber braucht auf seine sichtbaren Mängel auch nicht gesondert hinzuweisen, weil der ArbG sie ohne weiteres erkennen kann. Sind die Mängel jedoch verborgen, ist der ArbN zu einer entsprechenden Mitteilung verpflichtet, wenn er beurteilen kann, daß er die

---

1) Gröninger-Thomas, § 5 MuSchG Anm. 2 c.

2) BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

3) LAG Düsseldorf BB 59, 527.

4) Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 MuSchG; Schulte-Langforth, BB 54, 163.

5) RAG ARS 13, 391; Sellmann-Evermann, § 14 SchwBeschG Anm. 31; Becker-Mikoleit, § 14 SchwBeschG Anm. 68; Rohwer-Mann, § 14 SchwBeschG Anm. 34; Monjau, § 14 SchwBeschG, Anm. 5; Nikisch, a.a.O., S. 824; Schaub, a.a.O., S. 77.

vorgesehene Tätigkeit nicht ausüben vermag. Eine spontane Offenbarungspflicht besteht daher nur in den Fällen, in denen sich der ArbN um einen Arbeitsplatz bemüht, den er auf Grund seiner Schwerbeschädigung nicht ausfüllen kann.<sup>1)</sup>

## 2. Offenbarungspflicht auf Fragen des ArbGs

Auf eine Frage des ArbGs nach der Schwerbeschädigteneigenschaft ist der ArbN generell zur wahrheitsgemäßen Beantwortung verpflichtet.<sup>2)</sup> Eine umfassende Offenbarungspflicht ergibt sich - ohne Rücksicht auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses - aus den Belastungen des SchwBeschG für den ArbG. Das berechnete Interesse des ArbGs an der Kenntnis der erheblichen gesundheitlichen Schäden des ArbNs folgt aus der Einstellungspflicht des § 3 SchwBeschG, der Anzeigepflicht über die Zahl der beschäftigten Schwerbeschädigten nach § 11 SchwBeschG, sowie aus der Verpflichtung nach § 34 SchwBeschG, geschützten Personen Zusatzurlaub zu gewähren. Diesen gesetzlichen Verpflichtungen kann der ArbG nur nachkommen, wenn er sich uneingeschränkt nach der Schwerbeschädigteneigenschaft des ArbNs erkundigen darf. Eine derartige Mitteilung widerspricht auch nicht den Interessen des ArbNs, weil dem durch § 1 SchwBeschG geschützten Personenkreis in gewissem Umfang ein Arbeitsplatz zugesichert wird. Im Gegensatz zu vorbestraften und kranken ArbNn sowie zu werdenden Müttern begründet § 3 SchwBeschG für den ArbG einen gesetzlichen Einstellungszwang, wonach Verwaltungsbehörden 10 %, öffentliche und private Betriebe 6 % ihrer Arbeitsplätze mit Schwerbeschädigten besetzen müssen.

---

1) LAG Mannheim RdA 52, 80.

2) H.M. vgl. Zigan, § 14 SchwBeschG Anm. 47 und Anm. 5 (S. 131).

3) Vgl. Anm. 5 (S. 131).

## V Zusammenfassung

Unter der Offenbarungspflicht des ArbNs ist seine Verpflichtung zu verstehen, die für eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des ArbGs (Einstellungsentscheidung, Versetzung) bedeutsamen Umstände spontan oder auf Befragen zu offenbaren.

Die Rechtspflicht zur wahrheitsgemäßen Bekanntgabe ergibt sich aus der Treuepflicht als Konkretisierung der Verhaltensanforderungen, die dem ArbN während eines bestehenden Arbeitsvertrages oder im Stadium der Vertragsverhandlungen auferlegt werden.

Der ArbN muß jedoch nicht unbeschränkt über seine persönlichen Verhältnisse Auskunft geben.

Eine spontane Offenbarungspflicht besteht nur in den Ausnahmefällen, in denen sich der ArbN um eine Tätigkeit bewirbt, die er auf Grund seiner persönlichen Eigenschaften erkennbar nicht ausüben kann oder wenn seine Einstellung andere Personen gefährden würde. Im übrigen kann wegen der Bedeutung der Arbeitsstelle für jeden Einzelnen keinem Bewerber zugemutet werden, nachteilige persönliche Umstände ungefragt zu offenbaren; primär ist es Aufgabe des ArbGs, die für seine Einstellungsentscheidung bedeutsamen Momente zu erfragen.

Dem aus der Vertragsfreiheit abgeleiteten Fragerecht des ArbGs steht das verfassungs- und privatrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des ArbNs gegenüber, das ihn davor bewahrt, Angaben über seine Privatsphäre machen zu müssen. Es bedarf daher einer sorgfältigen Interessenabwägung bei jeder einzelnen Frage, um festzustellen, ob ein rechtlich billigenwertes und schutzwürdiges Interesse des ArbGs an der Kenntnis persönlicher Eigenschaften und Vorgänge des ArbNs besteht. Dabei sind vor allem die Art der Tätigkeit

und die Vertragsdauer zu berücksichtigen. Nur wenn sich die Belange des ArbGs - objektiv gesehen - als die gewichtigeren erweisen, hat die an sich gegebene Unverletzbarkeit der Individualsphäre des ArbNs zurückzutreten.

In der Regel richtet sich der Umfang der Offenbarungspflicht nach den Anforderungen der angestrebten Arbeitsstelle. Je höher und verantwortungsvoller die Stellung des ArbNs im Betrieb sein soll, desto mehr erweitert sich das Fragerecht des ArbGs und dementsprechend auch die Offenbarungspflicht des Bewerbers.

Unzulässige Fragen des ArbGs kann der ArbN unrichtig beantworten.

## Lebenslauf

Am 29. Mai 1944 wurde ich als viertes Kind des Kriminalrates Paul-Wilhelm Schultze und seiner Ehefrau Hildegard, geborene Rohmeyer, in Prag geboren. Anfang 1945 floh meine Mutter mit uns Kindern nach Einbeck (Südniedersachsen), während mein Vater zurückblieb und seitdem vermißt wird.

In Einbeck besuchte ich von 1951 für vier Jahre die Grundschule und wechselte 1955 auf das dortige Goethe-Gymnasium. Am 23. Februar 1965 bestand ich die Reifeprüfung im mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig.

Vom Sommersemester 1965 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilian-Universität in München und legte am 10. Juli 1970 die 1. juristische Staatsprüfung ab.

Ab 10. September 1970 war ich als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München beschäftigt. Am 8. April 1974 bestand ich die 2. juristische Staatsprüfung.

Seit dem 21. April 1972 bin ich mit der Ärztin Dr. med. Ursula Beckendorf verheiratet.





